*Persona ficta*

Etude de la nature juridique de l’indivision

UNIVERSITE DE PERPIGNAN – VIA DOMITIA
U.F.R. Faculté de droit et des sciences économiques



Thèse en droit privé
pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Perpignan
présentée et soutenue publiquement le 6 juin 2008
par Damien VIGUIER

# *Persona ficta*

## Etude de la nature juridique de l'indivision

---

Directeur de thèse : Alain SÉRIAUX, Professeur à l'Université de Perpignan

---

Jury :
Jacqueline DONAT, Professeur à l'Université de Perpignan
Yves LEQUETTE, Professeur à l'Université de Paris II
Laurent PFISTER, Professeur à l'Université de Paris V
Alain SÉRIAUX, Professeur à l'Université de Perpignan
Frédéric ZÉNATI-CASTAING, Professeur à l'Université de Lyon III

A la mémoire de Brigitte VIGUIER, née HÖLLTHALER,
ma mère.

SOMMAIRE

# Remerciements

Je voudrais commencer par rendre hommage et par exprimer ma reconnaissance à Alain Sériaux, qui m'a fait l'honneur d'accepter de diriger cette thèse. Je tiens ensuite à remercier les institutions (mais, derrière elles, les personnes) sans l'aide matérielle desquelles ce travail n'aurait jamais vu le jour, ni abouti. La fondation Héraldica, qui en 1994 m'a accordé une bourse de recherche d'un an — que son directeur, Laurent Granier, en soit chaleureusement remercié. L'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, où, de 1998 à 2002, j'ai été l'assistant de Yan Thomas — que je remercie d'autant plus que ses encouragements et son aide m'ont été précieux. Les Universités de Paris 1, d'Amiens, de Caen et d'Evry, où, successivement de 2001 à 2007, j'ai été chargé d'enseignement puis attaché temporaire d'enseignement et de recherche — la présente thèse doit beaucoup, et plus encore son auteur, aux enseignants, aux collègues et aux étudiants que j'y ai croisé : je pense en particulier à Catherine Arnaud, à Renaud Almeras et à Thibault Douville. Les divers centres de recherches que j'ai fréquentés de 1999 à 2007 — leurs dirigeants, les membres ou intervenants, étudiants, doctorants ou enseignants, que j'y ai connus : en particulier Florence Bellivier, Olivier Cayla, Marie-Angèle Hermitte, Baber Johannsen, Marthe Torre-Schaub, Philippe Jestaz et tous les participants du séminaire des doctorants d'Amiens.

Ma reconnaissance va également, à titre posthume, à Alvaro d'Ors, à la lecture duquel je dois beaucoup, et en raison de la correspondance qu'il voulut bien entretenir avec moi . Je remercie encore Frédéric Zénati, pour les conversations que nous eûmes à Lyon dans les années 1993 et 1994, et Michel Grimaldi, à qui j'exprime tout particulièrement ma gratitude pour avoir accepté de diriger plusieurs de mes travaux en droit notarial ; l'un et l'autre ont attiré mon attention sur l'indivision.

Enfin que soient ici chaleureusement remerciés, pour leur aide, Gérard Gain, Philippe Malaurie, Bruno Rostain, Christian Bouchindhomme, Arnaud Le Pillouer, Marie-Hélène Viguier, Véronique Vachet, Laure Rosenblieh, Djordje Lazic, Françoise Toscane, Laurence Cailloux, Aminatou Nimaga, ainsi que tous les relecteurs, conseillers, correspondants et discutants inlassables que je n'aurai pas déjà nommés.

# Abréviations et citations

## Abréviations

| | |
|---|---|
| *adde* | *addenda = ajouter* |
| *al.* | *alinéa* |
| *Ann. de dr. com.* | *Annales de droit commercial français, étranger et international (Thaller)* |
| *art.* | *article* |
| *BC* | *Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation* |
| *C. cass.* | *Cour de cassation* |
| *C. civ.* | *Code civil* |
| *C. com.* | *Code de commerce* |
| *c.* | *code, cour, conseil* |
| *cf.* | *confer = confrontrer, se reporter à* |
| *ch.* | *chambre* |
| *chap.* | *chapitre* |
| *Civ.* | *Chambre civile de la Cour de cassation* |
| *civ.* | *civil* |
| *Com.* | *Chambre commerciale de la Cour de cassation* |
| *comp.* | *comparez, composé* |
| *contra* | *en sens contraire* |
| *d.* | *décret* |
| *D.* | *Recueil Dalloz (et D.-Sirey), (1845-1924 puis)* |
| *D.A.* | *Dalloz analytique (1941-1944)* |
| *D.C.* | *Dalloz recueil critique (1941-1944)* |
| *D.H.* | *Dalloz Hebdomadaire (1924-1940)* |
| *D.P.* | *Dalloz périodique (1924-1940)* |
| *D.S.* | *Recueil Dalloz-Sirey (depuis 1965)* |
| *Defrénois* | *Répertoire Notarial Defrénois (depuis 1966, tous quinze jours)* |
| *Dig.* | *Digeste* |
| *Dr. et patr.* | *Droit et patrimoine* |
| *éd.* | *édition* |
| *eisdem.* $v^{is}$ | *eisdem verbis = mêmes mots* |
| *eod. v°* | *eodem verbo = même mot* |
| *et al.* | *et autres* |
| *ex.* | *exemple* |
| *G.P.* | *Gazette du Palais (depuis 1881)* |
| *GP* | *La Gazette du Palais* |
| *i.e.* | *id est = c'est-à-dire* |
| *ibid.* | *ibidem = au même endroit* |
| *infra* | *en-dessous* |
| *Inst. Just.* | *Institutes de Justinien* |
| *J.Cl.Civil* | *Jurisclasseur Civil* |
| *JCP ed. E* | *JCP édition entreprise et affaires (depuis 1954)* |

| | |
|---|---|
| *JCP ed. N* | *JCP édition notariale et immobilière (depuis 1954)* |
| *JCP* | *Jurisclasseur périodique. La semaine juridique (éd. générale, depuis 1936)* |
| *l.* | *loi* |
| *liv.* | *livre* |
| *loc. cit.* | *loco citato = à l'endroit cité* |
| *n°* | *numéro* |
| *not.* | *notamment* |
| *op. cit.* | *opere citato = dans l'ouvrage cité* |
| *opp.* | *opposition, opposé* |
| *P* | *Journal du palais* |
| *P. ou Pand. Fr.* | *Recueil périodique des pandectes françaises* |
| *p.* | *page* |
| *passim* | *ici et là* |
| *pp.* | *pages* |
| *préc.* | *précité, précédent* |
| *rappr.* | *rapprochez* |
| *rec.* | *recueil* |
| *rép.* | *répertoire* |
| *Rep.* | *Répertoire civil* |
| *Rev. crit.* | *Revue critique de la jurisprudence en matière civile, administrative, commerciale et criminelle (1851 à 1852) puis Revue critique de législation et de jurisprudence (1853 à 1939)* |
| *rev.* | *revue* |
| *Rtd civ* | *Revue trimestrielle de droit civil (depuis 1902)* |
| *S.* | *Sirey ou Recueil Sirey (Recueil général des lois et des arrêts fondé par J.-B. Sirey) (1791-1965)* |
| *s.* | *siècle, et suivants* |
| *sect.* | *section* |
| *sedes* | *siège de la matière* |
| *somm.* | *sommaire* |
| *spéc.* | *spécialement* |
| *suppl.* | *supplément* |
| *supra* | *au-dessus* |
| *t.* | *tome* |
| *tit.* | *titre* |
| *tr.* | *traité* |
| *trib.* | *tribunal* |
| *v.* | *vide = voir* |

Ouvrages cités par le seul nom de leur auteur

**Aubry** (Charles) **et Rau** (Charles), *Cours de droit civil français*, 2e éd., 5 vol., Strasbourg, 1839/46, 3e éd., Paris, 1856, 4e éd., 8 vol., Paris, 1867-1879, 5e éd., par E. Bartin, 6e éd., par P. Esmein, 7e éd. par A. Ponsard.

**Baudry-Lacantinerie** (Gabriel), *Des successions* (t. VIII du *Traité théorique et pratique de droit* civil), 3e éd. avec Colin, Paris : L. Larose et L. Tenin, 1905, t. 2.

**Beudant** (Charles), *Les successions ab intestat, Cours de droit civil français publié par R. Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière*, t. Vbis, avec la collaboration de Robert Le Balle, 2e éd., Paris, Rousseau, 1936.

Capitant (H.), *Les **grands arrêts** de la jurisprudence civile*, Dalloz, 10e éd. par Y. Lequette, 1984, 11e éd., 2000, tome 1.

**Chabot** de l'Allier (Georges-Antoine), *Commentaire sur la loi des successions*, 6e éd., Paris, t. 2, 1832, t.3, 1831 ; nouvelle éd., 1839.

**Colin** (Ambroise) **et Capitant** (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1916, tome 3 ; 1924, tome 3 ; 7ème éd. avec Julliot de La Morandière, t. 1, 1931, t. 3, 1932.

Cornu (Gérard) (dir.), ***Vocabulaire** juridique*, Association **Capitant**, 8e éd., Puf, 2000.

**Demante** (Antoine Marie), *Cours analytique de Code civil*, 2ème éd., Paris, E. Plon, Nourrit et Cie, 1883-96, tomes 1 et 3.

**Demolombe** (C.), *Traité des successions*, 5 t., vol. 13-17 du *Cours de Code Napoléon*, 1re éd. 1856-1860, 2ème éd. 1861-1863, 3e éd., par Guillouard, Paris, 1866-1867 [t. 3, 1867, t. 5, 1867], 4ème éd., 1869-1870 [t. 3, 1870], nouv. éd., 1880-1885.

**Duranton** (Alexandre) (1783-1866), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 4e éd., 22 vol. de 1825 à 1844 (vol. 12, 1844).

**Fenet** (P.-Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, deux éditions : 1827 et 1836, 15 volumes : tomes 1 et 2 (texte des divers projets), tomes 2 à 5 (observations du tribunal de cassation – t. 2 - et des – 28 - tribunaux d'appel sur le projet présenté par la commission du gouvernement – t. 3 à 5) et tome 12 (discussions, motifs, rapports et discours *relatifs aux titres 1 et 2 du livre 3 du Code*).

**Flour** (Jacques) **et** H. **Souleau**, *Les successions* (Droit civil I), coll. « U », Armand-Colin, 1ère éd. 1982, 2e éd., 1987, 3e éd. 1991.

**Grimaldi** (Michel), *Droit civil. Successions*, Paris, Litec, 2ème éd., 1992, 5ème éd. 1998, 6ème éd. 2001.

**Josserand** (Louis), *Cours de droit civil*, 3e éd., 1940, vol. 3.

**Laurent**, *Principes de droit civil français*, 3e éd., Paris, 1859-1898, t. X, 1978.

**Le Brun** (Denis), *Traité des successions*, remarques d'Espiard, Paris, 5e éd. 1743, et 1775.

**Malaurie** (Ph.), *Les successions. Les libéralités*, vol. 5 du *Cours de droit civil*, Cujas, 2ème éd., 1993, 4ème éd., avec le concours de P.-J. Claux et N. Gouzigou-Suhas, 1998.

**Marcadé** (Victor-Napoléon), *Eléments du droit civil français*, ou *Explication méthodique et raisonnée du code civil*, Paris, Cotillon, 5ème éd., 1859, vol. 1.

**Maury** (J.) **et Vialleton** (H.), *Successions* (t. IV du *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert), Paris, LGDJ, 1ère éd. 1928, 2e éd., 1956.

**Mazeaud** (Henri, Léon et Jean), *Successions-Libéralités*, (t. 4e/2e vol. des *Leçons de droit civil*), Paris, Montchrestien, 2ème éd. par **De Juglart**, 1971, 3ème éd. par A. **Breton**, 1980, 4ème éd. par André **Breton**, 1982, 5ème éd. par Laurent **Leveneur** et Sabine Mazeaud-Leveneur, 1999.

**Merlin** de Douai, (Philippe-Antoine Merlin, dit), *Recueil alphabétique de **questions** de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, 2e éd., Paris, Garnery, 1812/1810, 8 vol., 4e éd., 1810-1830.

**Planiol** (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, tome 1 et 3 (*Régimes matrimoniaux. Successions. Donations et testaments*), éd. 1900-1901 ; 3ème éd., tome 1er, 1904, tome 2, 1905, et tome 3, 1905 ; tome 1, 1914.

**Pothier** (Robert-Joseph), *Œuvres*, éd. Bugnet, 2e éd., Paris, 1861, t. 1 *Commentaire de la Coutume d'Orléans*, t.2, t. 3 *Traité du contrat de vente*, t.7, t. 8 *Traité des successions*.

**Raynaud** (Pierre), *Les successions et les libéralités*, Paris, Sirey, 1983.

**Ripert** (Georges) **et Boulanger** (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris, LGDJ, t. II, 2ème éd., 1947, 4ème éd. 1951, t. I., III et IV, éd. 1959.

**Sériaux** (A.), *Les successions. Les libéralités*, coll. Droit fondamental, Paris, Puf, 1986, 383 p.

**Terré** (F.) **et** Y. **Lequette**, *Successions*, coll. Précis Dalloz, Paris : Dalloz, 2e éd., 3ème éd. 1997.

**Toullier** (Charles Bonaventure Marie), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, 6e ed. par Duvergier, Paris, Cotillon, 1846,vol. 1.

**Zachariae** (Karl Solomo), Le droit civil franc ais par K.-S. Zachariæ, traduit de l'allemand sur la cinquième édition, trad. Massé et Vergé, Paris, A. Durand, 1854-60.

Wer hub es an? Wer brachte den Fluch?
Von heut’ist’s nicht, und nicht von gestern
Und die zuerst das Maβverloren, unsere Väter,
Wuβten es nicht, und es trieb ihr Geist sie.

Friedrich Hölderlin, *Der Frieden*.

# Introduction

**1.** UNE OPINION DE STOBBE. — Nous étions sur les bancs de la Faculté (ce devait être en 1988, ou en 1989), lorsque le professeur du cours de *Libertés publiques* en vint à citer un certain Carl Schmitt. Comme il nous arrivait parfois, nous poussâmes loin le scrupule, c'est-à-dire jusqu'à aller compulser quelque ouvrage de l'auteur allégué. C'était donc bien l'étudiant en droit public, qu'à ces instants nous étions, qui tenait, ouvrait et feuillettait le livre, qui venait de paraître, intitulé *Théologie politique* ; mais lorsque du regard nous tombâmes sur une certaine formule que nous allons dire, en nous ce fut le civiliste qui se réveilla et fut très vivement alerté. En effet, Carl Schmitt rapportait qu'un certain Bernatzik avait adressé une critique à un autre auteur, dénommé Stobbe, pour avoir émis l'opinion selon laquelle "la propriété indivise serait une personne juridique" ; en outre l'argument de Bernatzik tenait entièrement à ceci qu'il disait "ne comprendre guère ce genre de formule", et, plus précisément, il ajoutait – c'était là le point qui interessait Carl Schmitt – "ce genre de formule rappelant une fois de plus le dogme de la Trinité". Quoi qu'il en soit, c'était la première fois depuis notre toute récente venue à la vie de juriste que nous

rencontrions *une telle idée* de personnalité de l'indivision. Longtemps d'ailleurs cette occurrence resta isolée. Elle avait été lancée sans détour, de surcroît dans un contexte très largement étranger au droit civil. Pour hermétique qu'elle nous fut au prime abord, elle ne s'en ancra pas moins profondément dans notre esprit. Ainsi, le publiciste, qui avait compulsé l'ouvrage pour de toutes autres raisons, repartait déçu, les mains vides, mais le civiliste emportait une pierre[1].

**2.** **CHEMINEMENT DE LA FORMULE. —** Nous rangeâmes le syntagme, sous l'égide des Querelles de civilistes, où il rejoignit d'autres étrangetés du même genre. Pour qu'aujourd'hui il fasse l'ornement et le thème central d'une thèse, qui sait s'il n'a pas fallu, le temps aidant, que nous n'œuvrions jamais, en droit civil, tant dans l'étude du droit successoral (puisque c'est à l'indivision successorale, archétype de toutes les indivisions, que nous nous sommes attachés), que dans celle de la notion de personne, sans conserver à l'arrière-plan cette étrange idée, qui raisonnait tel un défi, d'une personnalité de l'indivision. Car ainsi donc il

[1] C. Schmitt, *Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, coll. «bibliothèque des sciences humaines », Paris : Gallimard, 1988, p. 50. Des deux ouvrages de Schmitt que cette édition française réunit, le passage dont nous parlons figure dans celui de 1922 intitulé «théologie politique. Quatre chapitres sur la théorie de la souveraineté », plus précisément au chapitre 3. Une note du traducteur donne la référence de l'article de Bernatzik dont il est question, dans *Archiv des öffentlichen Rechts*, t.5 (1890), pp. 210, 225, 244. Qui voudrait creuser plus profond devra consulter le *Handbuch des deutsches Privatrechts* de Stobbe (Berlin : W. Hertz, 1885-1900). En 1988, de C. Schmitt paraissait aussi *Parlementarisme et démocratie* (trad. J.-L. Schlegel, préface de P. Pasquino, Paris : Seuil, 1988) ; cf. dans *Le Monde des Livres* la recension des deux ouvrages par B. Edelman, «une politique de la mort », dans *Le Monde* daté du vendredi 28 novembre 1988 ; le passage du cours de Liberté publique de M. Lebreton en était issu par décalque. Cf. «l'idée de propriété-fonction envisagée du point de vue de la théologie » ; H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910, p. 449 ; M.-F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, thèse Paris 2 (sous la direction de M. Villey), 1983. Rappr., au sujet de la Trinité, de la personne et des idées mystiques, l'échange entre Duguit et Hauriou : L. Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 3ème éd., Paris, 1928, t.2, p.123 et pp. 669-671 [cf. t.1, 1927, pp.544-555, Christ et Etat de droit] ; M. Hauriou, *Principes de Droit public*, Paris : Sirey, 1910, note 1, p. 690.

suffirait que deux personnes soient propriétaires de la même chose pour que par magie une troisième soit constituée ?! L'on conçoit, et, certes, difficilement déjà, que l'indivision héréditaire soit une universalité, et universalité *de fait*, s'empressera-t-on d'ailleurs de préciser. Mais qu'est-ce que la notion juridique de personne pouvait bien être devenue, et aussi, surtout peut-être, quel pouvait bien être le régime juridique de l'indivision, pour qu'un esprit en vint à qualifier cette dernière de *personne* ?

**3.** **RICHESSE ET COMPLEXITE DE LA CASUISTIQUE DE L'INDIVISION. —** La matière de l'indivision est faite essentiellement, pour emprunter une expression à l'univers de la *common law*, de *hard cases*, qui n'ont cessé, depuis l'époque des *veteres*[2] jusqu'à nos jours, d'être soumis à la perspicacité des juristes[3]. L'indivision désigne la situation qui voit deux ou plusieurs personnes être propriétaires d'un

[2] Les jurisconsultes romains des deux premiers siècles av. J.-C. et du début du Ier siècle après sont ainsi désignés par leurs successeurs, les auteurs du deuxième et du premier tiers du IIIème siècle ap. J.-C., dont les ouvrages fourniront la majeure partie des extraits compilés dans le *Digeste*, au VIème siècle ap. J.-C. En rédigeant, sous l'appellation de *libri responsorum, quaestionum, sententia,* ou *opiniones*, des recueils de cas progressivement ordonnés – sous l'influence, sans doute, de l'enseignement par eux reçu en Grèce — les *veteres* ont initié une littérature qui témoigne de la présence d'une pensée qui correspond à ce que de nos jours encore nous entendons par science du droit et dont il n'est pas trace ailleurs, ni antérieurement. Nous entendons donc simplement désigner *le départ* de la science du droit. Sur cette époque, v. R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4ème éd., Paris : Domat Montchretien, rééd. Aalen : Scientia Verlag, 1947, pp. 56-58 ; *infra* note 22 sous n°7.

[3] La difficulté de cette matière est un lieu commun, cf. A. Wahl, «Les variations de la Jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage », *Livre du centenaire du Code civil*, t.1, pp. 441-442. Si nous ne savons à quand remontent les questions qui se présentent au sujet de ces cas, si même elles étaient déjà là lorsque les tout premiers juristes hellénisants en débattaient, quoi qu'il en soit leur difficulté est indéniable. La liquidation de l'indivision successorale a généré et entretient des contradictions et des incohérences doctrinales telles qu'elle en a acquis et en conserve sa réputation de byzantinisme et de labyrinthe inextricable. L'indivision n'a d'ailleurs pas seulement posé des problèmes juridiques, mais la comptabilité du partage, en particulier, a soulevé des problèmes mathématiques, si elle n'a même, en de certains cas, été ainsi génératrice de progrès en mathématique (je tiens ce renseignement de Alain Viguier).

même bien[4]. Le mot indivision désigne aussi le bien indivis, ou même la masse des biens indivis ; et encore les personnes qui sont propriétaires en commun, que l'on appelait jadis les communistes, et que l'on nomme plus volontiers aujourd'hui les indivisaires[5]. L'indivision est par nature une situation difficile à analyser[6]. Nombreuses sont donc les incertitudes concernant son régime, en particulier en ce qui concerne les comptes que doivent se rendre les indivisaires, lors du partage, qui reste l'issue de cette situation. A ce propos la propriété n'est plus seule en cause, mais la complexité s'accroît de la présence de l'obligation. Aussi cette situation a-t-elle toujours donné naissance à des doctrines

[4] La transmission successorale en est la source principale. Une personne était propriétaire de fonds et de biens, meubles et immeubles. A sa mort, cet ensemble, qui se désigne des termes de succession ou, plus traditionnellement, d'hérédité (*hereditas*), forme, en cas de pluralité de successeurs, une indivision.

[5] Dans une signification plus complexe à saisir, l'indivision désigne aussi, lors d'une opposition entre un ou plusieurs indivisaires, *ut singuli*, et un ou plusieurs autres individus, débiteurs, créanciers, étrangers ou membres eux-mêmes de l'indivision, l'*intérêt* (économique et social, vu les biens concernés) représenté par l'un des partis.

[6] Cela tient, nous aurons à le préciser, à ce que pour ce faire l'on ne dispose classiquement de rien d'autre que de la notion de propriété privée, individuelle et exclusive, qui précisément contredit l'idée même d'indivision.

divergentes, elle a toujours été source de querelles, au sein de l'Ecole comme pour les indivisaires eux-mêmes[7].

**4.** **TRIPARTITION DE LA DOCTRINE. —** Aujourd'hui comme hier ces discussions doctrinales d'un abord très technique dépendent de prises de positions théoriques. La doctrine française nous semble traversée de trois courants de pensée[8]. Ils se distinguent avant tout les uns des autres par leur façon de se représenter les choses, ce qui leur permet d'adopter un point de vue depuis lequel se situer tant par rapport aux deux autres que relativement au droit positif[9].

[7] Il est vrai que concernant l'Ecole, c'est un lieu commun, lorsque l'on aborde une question, de dire qu'elle est disputée. Cf. Tiraqueau, cité par F. Hotman, *Antitribonian*, Paris, 1603 [je remercie Isabelle Bouvignies de m'avoir communiqué une copie de cette édition], chap. 14, pp. 110-111 : « Et afin que tu entende, amy lecteur, qu'il n'y a rien en nostre droit qui ne soit ambigu & mis en dispute & controverse, je t'en veux icy raconter autant ou plus grand nombre qui tiennent l'opinion contraire » (J. Berriat Saint-Prix, *Histoire du droit romain*, Paris : Nève, 1821, p. 305, ne cite étrangement pas cet extrait de première main, et donne par erreur la référence du *chap. 4*. Rappr. le disciple de Cujas, C. Expilly, *Playdoyez*, Lyon : Radisson, 1656, Plaidoyé 18ème, n°2 «Il n'y a guère de questions au droit qui ne soient problématiques », p. 133 : « Il n'y a point, ou fort peu de questions an nôtre droit, qui si l'on veut rechercher les immanses volumes des Docteurs, il ne s'y trouve des opinions contraires, ou diverses, *vitio gentis humanae*, & pour le dire avec Ulpian, *propter naturalem hominum ad dissentiendum facilitatem* : come il n'y a point de si mauvaise secte qui ne trouve son sectateur, il n'y a point de question que le caprice & fantaisie des Docteurs ne rende problematique, & n'aye son propugnateur & defanseur » ; et la référence à Cicéron, par Th. Hobbes, *Léviathan* (édition anglaise, 1651), trad. F. Tricaud., coll. Philosophie politique, Paris : Sirey, 1971, 4ème partie, chap. 46, pp. 681-682, alinéa 11ème : « il n'est rien de si absurde que quelques-uns des anciens philosophes (comme le dit Cicéron, qui fut l'un d'entre eux) ne l'aient soutenu » ; il s'agit du *De divinatione*, II, 119 (v. aussi *De l'orateur*, liv. 1er, XXII, n°103 : « il n'est pas de question si importante, si imprévue, si neuve soit-elle, que ces parleurs ne se fassent fort de développer en épuisant la matière »). Il s'agit visiblement d'un *topos* qui remonte aux sophistes.

[8] Habituellement l'on présente simplement les choses comme une opposition binaire entre deux théories ou doctrines, mais en travaillant sur la jurisprudence nous avons buté sur quelque chose et fini par en dégager trois, ce qui, souvent, nous le verrons, au pour et au contre, ajoute une solution.

[9] Cette distinction ternaire nous est une clé de lecture, manière d'aborder une matière aride avec des catégories claires, qui permettent de s'y retrouver aisément. Peut-être faut-il les comprendre comme des idéals-types wébériens. Il ne saurait être question d'identifier les auteurs appartenant de manière tranchée à l'un ou à l'autre courant que nous distinguons. Ce n'est pas que tout auteur puisse être simplement catalogué comme appartenant à l'un ou à l'autre, car en réalité, en fonction de telle ou telle opinion qu'il défend et de la manière dont il se situe par rapport au droit positif et à la doctrine, il pourra mêler les caractéristiques de divers courants. La doctrine participe plutôt des trois attitudes de pensée. En outre, classer une opinion relève de l'interprétation (par exemple l'emploi du syntagme "comme si" ne témoigne pas forcément de l'adhésion à la thèse de la fiction que nous verrons).

## *Le mythe de la propriété collective*

**5.** **PARADIGME MANICHEEN DE L'ANTAGONISME DU DROIT ROMAIN ET DU DROIT GERMANIQUE. —** Le premier courant doctrinal que nous allons identifier a dominé jusqu'à aujourd'hui la matière. C'est un modèle dualiste. Il se représente les choses sous une forme bipolaire, et disons, afin de clairement schématiser, *sphérique* ou *globale*. A un pôle, au pôle négatif, héritage du droit romain[10], une indivision classique, dogmatique, dont la prétention serait d'incarner la raison du droit strict et que l'on stigmatise comme mathématique, rigide et artificielle[11]. Au pôle inverse, couramment identifié comme germanique, la propriété collective, censée plus naturelle, moins froide et moins sèche, qui aurait pour vertus sa souplesse, sa flexibilité et son équité, et qui serait à même de régir et, d'ores et déjà, d'expliquer *enfin simplement* toute les difficultés de la matière[12]. Il s'enseigne ainsi communément que ces deux systèmes juridiques antagoniques

[10] L. Josserand, dans un article célèbre « Essai sur la propriété collective », *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, publié par la Société d'études législatives, 1904, I, pp. 357 et s., parle du "legs fâcheux que nous a transmis le droit romain" (p. 358) et L. Josserand, 3ème éd., Paris : Sirey, 1940, vol. 3, n°16 ; J. Bonnecase, *Supplément au Traité th. et pr. de dt. civ. de Baudry-Lacantinerie*, Paris : Sirey, 1928, t.4, n°384 à 555.

[11] Une voix, mais perdue dans tout un chœur : L. Josserand, *op.cit.*, parle de la "conception simpliste" des romains, de "l'indigence manifeste" (p. 358), et il emploie les termes de "pauvreté", "fausseté", "équivoque et déconcertante", "les dogmes de la raison écrite" (p. 370), "contradictions", "invraisemblances" (p. 371) — même s'il témoigne aussi de son "admiration" pour "l'ingéniosité" des romains (p. 375), comme R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la. société d'études législatives*, vol. 10, p. 56, qui parle de la valeur scientifique des constructions doctrinales et de la technique rationnelle du droit romain.

[12] F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique* (œuvre complète) 2ème éd., Paris : LGDJ, 1919, p. 141 (cité par Planiol).

seraient en concurrence[13]. Les auteurs et le droit positif se situeraient donc par rapport à cette opposition.

Il convient de dire sans attendre que cette idée de propriété collective est issue du XIXème siècle, qu'elle a des origines politiques précises dans l'histoire européenne et qu'elle constitue l'épiphénomène d'un conflit doctrinal plus vaste[14]. C'est en Allemagne que se sont d'abord affrontés romanistes et germanistes[15]. Le système juridique germanique de la propriété collective est une découverte de disciples de Savigny, principalement des frères Grimm et de J. J. Bachofen[16]. C'est le germaniste Georg Beseler qui, en critiquant Savigny, a

[13] F.-X. Testu, *L'indivision*, coll. Connaissances du droit – droit privé, Paris : Dalloz, 1996, p. 3 ; F. Maitland, introduction à O. Gierke, *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris : L. Tenin, 1914, p. 19.

[14] Les dualismes sont typiques d'un moment politique (la fin du XVIII[ème] s. et le début du XIX[ème]) où s'affrontent violemment monarchie et démocratie, révolution et restauration. L'on passe ensuite à des visions ternaires, moins conflictuelles (sur cette façon d'aborder les choses v. C. Schmitt, « Le contraste entre communauté et société en tant qu'exemple d'une distinction dualiste. Réflexions à propos de la structure et du sort de ce type d'antithèses » [1960], trad. P. Tommissen, *Res publica. Revue de l'institut belge de science politique*, vol. 17 (1975, n° 1), p. 107). La matière de l'indivision successorale est un champ de recherche trop ignoré des historiens des idées. C'est tout le droit civil, il est vrai, qui est plus largement comme placé à l'abri de leurs enquêtes (cf. F. Maitland, *op. cit.*, p. 4 (l'atelier des légistes), p. 46 (les retraites intimes du Droit Privé), p. 56 ; E. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie et autres textes*, présentation de P. Legendre, trad. L. Mayali et A. Schütz, coll. pratiques théoriques, Paris : Puf, 1984, le texte « Mystères de l'Etat », pp. 75-103 ; B. Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, trad. J. Ménard, coll. Léviathan, Paris : Puf, 1993, 150 p.) Pourtant les représentations parmi les plus curieuses se sont déposées dans ses méandres, époques après époques.

[15] A. Dufour dans ses notes à sa traduction de F. C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. A. Dufour, Paris : Puf, 2006, pp. 183-184 ; Y. Thomas, *Mommsen et « l'Isolierung » du droit*, Paris : Boccard, 1984, p. 52.

[16] C'est avec J.-J. Bachofen et son opposition du droit du Père et du droit de la Mère que les choses ont pris une ampleur résolument cosmique ; J.-J. Bachofen, *Das Mutterrecht* (1861), trad. E. Barilier, *Le droit maternel. Recherche sur la gynécocratie de l'antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, Paris : L'Age d'Homme, 1996. Les auteurs communistes le liront, en particulier Engels ; cf. J. Costa, « Trois fondateurs de l'ethnologie juridique, Bachofen, Maine et Engels », *Nomos*, 1974 (1), pp. 15 et s.

vraiment inauguré la théorie de la *Genossenschaft*[17], qu'Otto von Gierke développera[18].

**6.** **LA VISION GERMANISTE DE L'HISTOIRE. —** Cette doctrine rappelle le manichéisme, puisque, à l'image du monde, qui dans ces théologies est continuellement tiraillé entre un dieu et un diable, elle s'explique les obscurités et les variations du droit positif[19] comme le résultat d'un tiraillement continuel entre les deux pôles de l'indivision classique et de la propriété collective. Selon une représentation d'un historicisme naïf, l'opposition entre ces deux principes forme donc rien de moins que la trame de l'épopée entière de l'humanité en ce qui concerne, et ce n'est pas négligeable, *le partage des choses de ce monde*. Dans un bras de fer titanesque les deux conceptions se partagent les époques de l'histoire du monde et l'histoire du Droit est la narration de ce conflit. Résumons.

**7.** **DECLIN INITIAL DE LA PROPRIETE COLLECTIVE. —** A l'origine aurait eu librement et pleinement cours le régime, préhistorique donc, de propriété

[17] Dans *Volksrecht und Juristenrecht* [Droit populaire et droit savant], Leipzig : Weidmann, 1843, pp. 158-194 ; *System des gemeinen deutschen Privatrechts* [Système du droit privé allemand], 2ème éd, Leipzig : Weidmann, 1847, 1866. V. ce que A. Dufour dit de Beseler dans son introduction et ses notes à sa traduction de F. C. von Savigny, *op. cit*., pp. 34-35 et 183.
[18] O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und ihre Rechtsprechung*, Berlin : Weidmann 1887 ; *Das Deutsche Genossenschaftrecht*, Berlin : Weidmann, 1868-1913, 3ème vol. (ou 1868, 1873, 1881) (une section du troisième volume intitulée *Die publicistischen Lehren des Mittelalters* a été traduite en français : *Les théories politiques du moyen âge*, introduction de F. W. Maitland (Cambridge), trad. par J. de Page, Paris : Sirey, 1914) ; *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin, 1902 ; *Deutsches Privatrecht*, Leipzig : Duncker & Humblot 1895; monographie de J. Althusius, 1880 ; « Juristische Person », in *Holtzendorffs Rechtslexikon*, 2ème éd., Leipzig, 1875.
[19] Le droit positif est l'ensemble des solutions, décidées par le législateur, la coutume, la jurisprudence ou la doctrine, et qui sont imposées en fait à un moment et en un lieu donnés. Cf. *infra*, la référence à S. Kuttner, note 6 sous n°862.

collective, ou, plus exactement dit, un régime de communisme[20]. Mais, insidieusement, l'entrée en scène de la néfaste science romaine du droit aurait marqué la fin de cet âge d'Or. Car c'est Rome, donc, qui aurait initié l'invasion du principe concurrent, invasion marquée d'emblée par des querelles sans fin[21]. Par exemple, comme chaque indivisaire a une part du bien commun, l'on va

[20] Un auteur comme R. Saleilles croit au "phénomène social préhistorique de la copropriété de famille." (R. Saleilles, « le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », Weimar, 1911, pp. 1019-1020). Il en va de même de M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1905, t.3, n°2319, p. 498.

[21] La Loi des XII Tables date de 449 av. J.-C. et était déjà le fruit des revendications de la plèbe, qui réclamait la publicité de règles claires. A Rome l'on apprenait le droit en fréquentant la compagnie d'un jurisconsulte. Les disciples assistaient aux consultations et participaient aux discussions relatives aux affaires les plus intéressantes. Certaines affaires complexes donnaient lieu à des conférences de jurisconsultes auxquelles les auditeurs étaient admis et participaient. M. Weber a reconnu l'importance décisive de ce fait dans l'histoire du droit, *Sociologie du droit*, coll. Recherches politiques, Paris : Puf, 1986, p. 157. Ces controverses antiques nous sont parvenues, hormis le *Pompeï* que constitue le *Corpus juris civilis*, à l'état de ruines.

discuter du sens du mot *pars*[22]. De telles disputes sont continuelles depuis l'âge des *veteres* jusqu'à l'époque du droit romain classique (de Julien à Ulpien), et elles se prolongent même au-delà, à Byzance[23]. Néanmoins, "le phénomène social préhistorique de la copropriété de famille" n'aurait pas été entièrement

[22] Q. Mucius Scaevola (v. 140 av. J.-C. ; grand pontife, consul en 95 av. J.-C. ; meurt assassiné en 82) entend uniquement par *pars* la *res pro indiviso*, alors que Servius Sulpicius Rufus(?-43 av. J.-C ; consul 51 av. J.-C. ; patricien, ami intime de Cicéron [cf. Cic. *Brut.* 41, 152 : *existimo iuris civilis magnum usum et apud Scavolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno*]) comprend la *pars pro diviso* (*D.* 50, 16, 25, 1). Cette controverse nous situe en pleine époque des *veteres* — dont l'essor va approximativement *crescendo* entre le début des guerres civiles (146 av. J.-C.) et l'arrivée au pouvoir d'Auguste (27 av. J.-C.), pour se terminer, avec l'inflation de la légifération impériale, au tournant du IIe s. ap. J.-C.. Q. Mucius Scaevola est d'une génération antérieure à Servius, contemporain de Trebatius. Q. Mucius Scaevola et Servius sont représentatifs d'un type de juristes nouveau dans l'histoire. Leur pensée et leur approche du droit sont fortement imprégnées de culture hellénistique. Comme ensuite les deux grands maîtres que seront Capiton et Labéon, ils ont reçu une formation à la logique philosophique, qui englobe dialectique, rhétorique et grammaire (R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4ème éd, Paris : Domat Montchretien, 1947, p. 57). Et il ne faut pas négliger cette coïncidence de l'intégration de la philosophie grecque, et, avec elle, de la logique, à la culture romaine, et de l'émergence, à Rome, aux alentours du seuil de notre ère, d'une science du droit dont le prestige nous semble décidément aujourd'hui intarissable. Scaevola et Servius donnent, semble-t-il, un nouveau style à la littérature juridique. M. Scaevola (les 18 livres du droit civil) « s'inspirant des principes de la logique d'Aristote, (…) classe les matières dans un certain ordre, en rapprochant les cas d'espèce qui présentent des traits communs, et, en même temps, il met de la précision dans les idées en définissant les notions juridiques. » *dixit* Monier, 1947, p. 58 (d'après G. Lepointe, *Quintus Mucius Scaevola, Sa vie et son œuvre juridique*, thèse Paris, 1926, pp. 9-34). Et *Servius* s'efforce de classifier le droit civil selon la nature des institutions juridiques et de le constituer en un corps de doctrine d'où le juriste pourrait tirer des conséquences logiques sans nécessairement devoir passer par les *responsa* ; Œuvre principale, le Commentaire du Ius civile ; *Servius* écrivit une étude critique de certaines solutions de Scaevola : les *reprehensa Scavolae* (Vernay, *Servius et son école*, thèse de droit, Lyon, 1909). Mais *Scaevola* et *Servius* divergent sur un point qui opposera ensuite constamment les juristes. Le premier est partisan de la rigueur dans l'application du droit (plus on l'applique avec rigueur, plus le droit développe sa vigueur), tandis que le second est partisan de l'*aequitas*. La dispute des sabiniens et des proculéiens, dont il s'agit, qui se focalisera dans l'opposition d'Aelius Tubero et d'Ateius Pacuvius, tient sans doute plus profondément à l'opposition, à Rome depuis Varron, entre grammaire analogiste et grammaire anomaliste, opposition qui provient de la philosophie grecque (*anomalistes*, philosophes stoïciens, IV-IIe s., Zénon de Cittium, Chrysippe, Diogène de Babylone et *Cratès* de Mallos ; *analogistes*, philologues d'Alexandrie, III-Ier s., Aristophane de Byzance, Aristarque et Denys le Thrace [*Encyclop. Univ.* 2002, Grammaires (histoire des), vol. 10, p. 535 col. b et 536 col b en bas]) et qui se prolongera en droit musulman, dans les controverses entre les écoles de Kufa et de Basra (v. L. Massignon, « Réflexions sur la structure primitive de l'analyse grammaticale en arabe » [1958], dans *Parole donnée*, coll. 10/18, Paris : Union générale d'éditions, 1970, pp. 364-365, puis 376-377, qui cite Lersch). Mais incontestablement la tendance codificatrice et le nouveau style littéraire tiennent à l'analogisme, P. Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris : Sirey, 1927, t.1, pp. 93-94.

[23] Quoique à Byzance l'attrait pour le Droit ait cédé le pas à celui pour la théologie, l'expression de byzantinisme qui désigne ces querelles vaut sans doute pour les deux casuistiques, les deux dogmatiques que sont le droit et la théologie.

éradiqué en droit romain[24], et surtout le modèle collectiviste aurait perduré en Germanie[25]. D'où, grâce à l'effondrement salutaire de l'Empire, le répit qu'aurait représenté le haut Moyen Age. Mais répit de courte durée, car les querelles juridiques sont relancées au XIème siècle avec la découverte en Occident de l'ouvrage de Tribonien (quoique ce dernier ait eu la volonté de mettre fin à celles-ci en produisant une compilation d'où les contradictions seraient effacées)[26]. Avec le renouveau de l'étude scolaire des textes juridiques[27], l'offensive aurait alors repris et le bas Moyen Age serait marqué par la lutte des juristes de droit savant contre le collectivisme, patiente reconquête du

[24] La théorie de la *Genossenschaft* est adoptée en Allemagne par deux romanistes : H. Dernburg, *Pandekten*, 5ème éd., Berlin : H.W. Müller, 1896 – 1897, t.1, p. 146, § 59 et F. Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig : Dunker et Humblot, 1893, vol. 1, p. 259. A leur suite, Saleilles croit donc que « le droit héréditaire des Romains garde encore des traces (…) profondes » de la propriété collective (« le phénomène social préhistorique de la copropriété de famille ») : R. Saleilles, *op. cit.*, pp. 1019-1020. Sans doute s'agit-il d'institutions tel le pécule, l'adrogation, le *postliminium*, la *venditio bonorum* ou la fiducie. R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la. société d'études législatives*, 1910, vol. 9, p. 297

[25] Et dans le reste du monde. F. Challaye, *Histoire de la propriété*, coll. Que sais-je, 5ème éd., Paris : Puf, 1958, tient, p. 8, des propos très représentatifs de l'anthropologie d'alors, et dont nous doutons que les civilistes, ou même tous les anthropologues, se soient défaits : il serait « hautement probable » que les « groupements les plus inférieurs, les plus attardés que nous connaissions » présentent d'« étroites ressemblances avec nos plus lointains ancêtres. » Engels, *L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat*, Moscou : Editions du progrès, 1884, ne faisait pas d'autre postulat. cf. L. Lévy-Bruhl, *L'âme primitive*, coll. Quadrige, Paris : Puf, 1996.

[26] *Corpus iuris civilis*, compilations de Justinien Ier, le Digeste (an 533 ap. J.-C.), le Code, les Institutes, et les Novelles. Non seulement Justinien prétendit avoir effacé les contradictions qui animaient la jurisprudence, mais il leur interdit de se ranimer à l'avenir, en prohibant le commentaire. L'on pouvait seulement lire, expliquer le sens des mots, indiquer les cas visés par les sentences et établir des sommaires. Ce qui n'a pas empêché la renaissance de la science du droit, mais lui a fourni son cadre.

[27] Là encore il faut noter la coïncidence, aux XIème et XIIème siècles, du renouveau de la logique et de la renaissance du droit romain. M. Villey, « présentation » dans *Archives de philosophie du droit*, 1966, 11/ *La logique du droit*, parlait d'une *invasion* de l'art juridique par le raisonnement déductif (p. 8). Encore qu'en général son jugement soit très sûr, il n'est pas toujours aisé d'en cerner le sens exact. Plus bas il reconnaît que peut-être il s'égare en parlant de deux logiques, celle de la dialectique et celle formelle (p. 13). C'est une discussion en philosophie de savoir s'il n'y a qu'une logique chez Aristote, ou s'il y en a deux. Cf. *infra*, note 7 sous n°863.

terrain, menée par des légions de chicaneurs formés au moule de la scolastique[28]. Enfin, le triomphe du Droit romain daterait du XVIème siècle, qui aurait pavé la voie des grandes codifications modernes[29].

Le Code civil, *via* la Coutume de Paris (ancienne, 1510, nouvelle, 1580), conserve la trace des disputes du XVIème siècle, où brilla l'esprit de Charles Dumoulin[30]. Dans l'étude des sources jurisprudentielles il n'est pas rare de faire référence, aujourd'hui encore, à quelques grandes décisions prises au XVIème siècle.

**8.** **RENOUVEAU CONTEMPORAIN DE LA PROPRIETE COLLECTIVE.** — Mais depuis bientôt deux siècles, à la faveur du déclin de la romanistique, nous serions en train de sortir de l'ère de l'*imperium romanum*, et la propriété collective préhistorique, étouffée pendant deux ou trois millénaires par le droit, serait destinée à ressurgir et à dominer de nouveau la scène de l'histoire du monde. C'est ce ressurgissement qui aurait donc, nous l'avons vu, commencé en

[28] V. F. Hotman, *Antitribonian*, 1567 (impr. Paris 1603), chap. 17, pp. 144-145. R. Saleilles, *op. cit.*, vol. 10 (1910), pp. 56 et 60-61.
[29] La romanistique médiévale reste encore largement inexploitée. De nombreuses choses y prennent leurs racines. A commencer par la théorie du partage. Si l'on voulait retracer l'histoire du mythe de la Propriété collective il faudrait tenir compte des aléas de l'interprétation du droit romain. La renaissance du droit au XVIème siècle est le premier temps de l'historicisme. Et c'est le XVIème siècle, assurément, qui nous a légué l'idée, transmise jusqu'à nos jours par les manuels, que les romains croyaient que le partage était une opération de transfert de droits (idée que les romains, en bref, n'étaient pas très fins). Mais à partir de quand a-t-on prêté aux romains cette doctrine? Il y a de sérieux indices pour que l'opposition en question se rattache à la confrontation médiévale entre juristes italiens et français (opposition du droit français et du droit romain). Quittons ce terrain que nous laissons aux historiens. Pour l'abord du droit médiéval, voir Jason de Maine.
[30] Cf. D. Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t.1, Paris : Leroux, 1922, pp. 58-59 : "C'est par son canal que le droit romain s'infusera au cœur même de la doctrine et de la jurisprudence".

Allemagne, au début du XIXème siècle[31]. Ces idées y ont remporté un franc succès et sont introduites en France dans la seconde moitié du siècle par de nombreux auteurs, principalement par Saleilles et Michoud[32].

Cette doctrine trouve en France un terrain favorablement préparé par la sociologie catholique contre-révolutionnaire[33] et par les idées socialistes[34]. Le déclin de la science du droit romain se traduit par l'émergence du droit comparé et de l'histoire du droit. En réalité, il y a bien plus qu'une coïncidence entre l'anti-romanisme, qui se manifeste par une hostilité marquée à la logique et aux

[31] Ce qui reste du droit germanique est à rechercher dans le folklore que le juge doit, tel un barde, ressentir. Le juge devient, au XXème siècle, le camarade qui guide la communauté dans sa marche. V. Ch. Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris : Delachaux et Niestlé 1988; G. Fassò, *Histoire de la philosophie du droit*, trad. C. Rouffet, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Paris : LGDJ, 1976 , p. 249 ; comp. E. Forsthof, cité par E. P. Haba, « Etude sur les rapports entre droit et langage », *APD* 19 - *Le langage du droit* (1974), p. 265 ; A. d'Ors, « Principes pour une théorie réaliste du droit », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif* ,1981, n°3, pp. 373-374.
[32] R. Saleilles, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Ann. de dr. commercial*, 1895 et 1897 ; *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, Paris, 1910, les théories négatrices de la fiction sont analysées leçons 17 à 20, pp. 386-516 ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, 1906-1909, Paris : LGDJ, 2ème éd. par L. Trotabas, 1924, 3e éd. id., 1932 (nous avons utilisé alternativement ces deux dernières éditions). Il faut citer aussi M. Planiol, qui défend la propriété collective contre l'idée de personne fictive (par ex., t.1, 1904, pp. 977-984, n°3005-3019, spéc. n°3014, pp. 980-981, mention de Beseler), et L. Josserand plus tard, avec son « Essai sur la propriété collective »,Le Code Civil 1804 – 1904. *Livre du centenaire du Code civil*, publié par la Société d'études législatives, 1904, t.1, p. 357.
[33] Depuis Bonald, mais il faut citer aussi A. de Tocqueville (*De la démocratie en Amérique,* Paris : Flammarion, 1993-1999) et F. Le Play, surtout (*La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens,*New York : Arno Press, 1975). L'on dénonce l'individualisme antifamilial du Code Napoléon, qui, avec la réserve héréditaire, le mariage sans contrôle paternel et le divorce (affaiblissement de la puissance paternelle) conduit à la dénatalité et à la pulvérisation des patrimoines. Cf. M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1905, t.3, n°2318, p. 498 (mention de F. Le Play) ; J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6ème éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 141. V. en particulier R. Worms, *Natalité et régime successoral*, Paris : Payot, 1917, 220 p., spéc. les pp. 146-155 où se trouvent examinées les modalités du partage ; M. Weber, *Sociologie du droit*, trad J. Gros Claude, coll. Recherches politiques, Paris : Puf, 1986, p. 72 (« Dans les législations démocratiques modernes, la restriction ou l'élimination de la liberté de tester par l'institution de réserves obligatoires ou l'élimination de la primogéniture dans le code civil par le partage effectif des immeubles eut et a encore des raisons politiques. En ce qui concerne Napoléon, l'intention de détruire la vieille aristocratie par l'obligation du partage voisine avec le désir d'établir des fiefs se voulant supports de la nouvelle aristocratie qu'il voulait créer. » Cf. Fustel de Coulanges, *La cité antique*, Paris : Hachette, 1948, liv. 2, chap. 7, 6°.
[34] Je cite, pour l'avoir beaucoup fréquenté, G. Sorel, *Réflexions sur la violence* [1908], Paris : Seuil, 1990, mais c'est à Proudhon qu'il faut penser.

concepts[35], et, d'un côté, la dilution de la romanistique dans l'histoire[36], de l'autre, la naissance du droit comparé[37]. En l'occurrence c'est le comparatisme franco-germanique qui a joué un rôle influent. En matière d'indivision comme en d'autres, le BGB[38] est la source de bien des dispositions du droit positif français actuel[39].

### *Influence du courant germaniste*

**9.** HEGEMONIE DU MODELE EN DOCTRINE. — L'analyse de la matière de l'indivision en terme de propriété collective conduit à un renversement complet de la perspective juridique traditionnelle, et quant au sujet de la nature de l'indivision elle est absolument décisive. Elle se manifeste d'un bout à l'autre

[35] C'est l'endroit de citer L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2ème éd., Paris, 1921, vol. 1: « je disais que la construction juridique individualiste subjectiviste et métaphysique, qui par la Révolution nous est venue de Rome et de la scolastique médiévale, a fait son temps, qu'il est impossible de plier aux vieux cadres les relations si complexes, si variées, naissant aujourd'hui entre les individus et les collectivités, et qu'il faut définitivement bannir de la jurisprudence les concepts métaphysiques de *substance*, de *sujet de droit*, de *droit subjectif*, source de controverses sans fin, épuisantes et stériles. »

[36] Cf. C. Schmitt, *Théologie Politique*, trad J.L. Schlegel, coll. « Bibliothèque des sciences humaines » Paris : Gallimard, 1988, p. 159 « la science sœur de la théologie, le droit — encore non dissous dans l'histoire » ; mouvement achevé avec la réforme de 1955 qui amalgame l'enseignement du droit romain à l'histoire du droit privé français pour former un nouvel enseignement *facultatif*, cf. M. Villey, *Le droit romain*, coll. Que sais-je ?, 8ème éd., Paris : Puf, 1987, p. 120.

[37] R. David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1969, n°2, pp. 4-5, sur l'histoire du droit comparé, il mentionne cette coïncidence de l'émergence de la discipline et de la fin du *jus commune*. Cf. le mot de Windscheid, « nous avons cessé de rêver le rêve du droit naturel » (prononcé en 1854 ; cité et traduit en français par C. Schmitt, « La situation présente de la jurisprudence », *Boletim da Faculdade de Dereito* (1944), Coimbra, 20, pp. 601-621, al. 9 (je remercie Olivier Beaud de m'avoir indiqué cette référence) ; v. aussi « la situation de la science européenne du droit », trad. M. Scalici, *Droits* (1991), 12, pp. 149-157, et « la situation de la science juridique européenne », trad. J.-L. Pesteil, *Krisis* (1993), pp. 13-14.

[38] *Bürgerliches Gesetzbuch*, le Code civil allemand (1896).

[39] Il ne faut pas négliger l'importance, pour la promotion et la diffusion de ces idées, du belge E. Picard, *Le Droit Pur*, coll. Bibliothèque de philosophie scientifique, Paris : Flammarion, 1908, 402 p. (p. 234, *passim.*). Placé parfois à la hauteur de Grimm ou de Bachofen (cela nous semble excessif), Picard est l'un des rares juristes, peut-être le seul, qui ait développé un style et une pensée lyrique, avec de fréquentes phases d'exaltation qui touchent au délire.

des questions et des problèmes qui intéressent l'indivision. Tout ce qui concerne par exemple la gestion des biens communs est tombé sous la domination de la théorie de l'organe[40]. Dans certains cas, la nouvelle doctrine a fourni une explication claire à des solutions à propos desquelles l'analyse classique était jugée insuffisante[41]. Dans d'autres cas, la théorie de la propriété collective a préconisé des solutions différentes de celles inspirées du cadre dogmatique. Lorsque ces solutions étaient déjà de droit positif, il a suffi de tenir pour des survivances ou des marques de la renaissance de la propriété collective ce que l'on prenait jusque là pour des entorses du droit positif aux principes naturels de la matière (à mettre au compte par exemple de l'équité et analysées comme des fictions législatives). Dans ces cas, le résultat revenait au même, et, au nom de la pédagogie et de l'économie des fictions, il a suffi de substituer une analyse à l'autre[42]. Enfin, dans une troisième série de cas, l'idée, avancée d'abord à titre pédagogique, a eu surtout des conséquences sur le droit positif,

[40] Il s'agit, nous en verrons les applications chemin faisant, d'un modèle de représentation qui prétend s'opposer à la représentation classique, fondée sur le mandat ; v. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3ème éd. par L. Trotabas, Paris : LGDJ, 1932, t.1, pp. 72 et s., 120, 131, 133, 136, 138, 142, 146-149, 195 ; R. Saleilles, *op. cit.*, pp. 509 et s.

[41] C'est le cas, par exemple, de la théorie du rapport des libéralités et des dettes.

[42] L'influence des théories germanistes s'est faite, en ce qui concerne la pédagogie, par les ouvrages et par les programmes d'enseignement. Le *Droit civil français* de Aubry et Rau introduit un ordre des matières qui ne correspond plus à celui du Code civil et qui trahit les idées de Zachariae. Les programmes d'enseignement sont largement bouleversés à la fin du XIXème sous l'influence de Labbé (cf. M. Planiol, 3ème éd., t.1, Paris, 1904, p. 7, t.2, Paris, 1905, p. 7 et t. 3, Paris, 1905, p. 7-9 « La question des programmes »).

car lorsque le droit positif démentait la théorie, c'est qu'il devait, pour suivre le progrès, être réformé[43].

**10.** SON INFLUENCE EN LEGISLATION ET EN JURISPRUDENCE. — Or, indépendamment même de la question de la valeur scientifique de ces idées, sur laquelle nous allons revenir, il est certain qu'elles ont eu de l'influence en législation et en jurisprudence. Si l'on ne peut dire que la doctrine germaniste a pris le pouvoir, elle a du moins dicté au législateur ce qu'elle voulait entendre. En cette matière comme en d'autres, une vision radicalement anti-dogmatique a entraîné le droit positif, au gré des arrêts et des réformes, vers des solutions que désavouait clairement l'analyse classique. Et nous devrions parvenir sans trop de peine à montrer que les conceptions germanistes ou collectivistes de l'indivision l'emportent actuellement en droit positif[44].

[43] Dans leur tentative d'explication du droit positif les auteurs butent sur des incohérences avec le droit positif, qu'ils appellent alors à changer ; cf. F.-X. Testu, *L'indivision*, coll. Connaissance du droit-droit privé, Paris : Dalloz, 1996, p. 134 : « A l'origine, l'idée d'universalité avait été admise comme une sorte de survie du patrimoine du *de cujus*, mais en restant vouée à une extinction rapide. Et puis la pratique, tant notariale que jurisprudentielle, confrontée à la réalité d'indivisions durables ou recherchées, a trouvé du bon à *ce schéma explicatif, qui a fini par réagir sur le fond du droit.* » (nous soulignons) ; sur cette dernière idée, cf. C. Atias, *Les personnes. Les incapacités*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1985, p. 37 (« l'élaboration d'une théorie particulière a, comme en bien des cas, engendré une généralisation de ses applications, une extension de son domaine ; celle-ci a pu être interprétée, en retour, comme une confirmation de la théorie »).

[44] Le mythe historique dont nous venons de faire la description est clairement revendiqué par les auteurs. Par exemple, R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la. société d'études législatives*, vol. 9, pp. 296-325 et vol. 10 (1910), pp. 56-102 ; en ce qui concerne le courant favorable à la réforme de 1976, v. P. Catala, « Commentaire de la loi sur l'indivision », n° 22, *Defrénois*, 1979, art. 31874, p. 21 : « aux historiens de dire si cette convergence est un retour au passé, après l'écart que le Code civil, puis le XIX[ème] siècle avaient contribué à creuser. Quoi qu'il en soit les idées reines du temps présent imprègnent bien les réformes des quinze dernières années, avec leur force et leurs contradictions, leur dialectique familière. »

**11.** **La propriete collective en droit commercial. —** Sans prétendre à l'exhaustivité ni à une parfaite rigueur de classement (au risque, surtout, d'amoindrir la richesse du réel[45]), nous pouvons faire un rapide tour d'horizon des communautés de bien concernées par l'idée de propriété collective. C'est-à-dire que selon cette dernière, le droit présente de manière morcelée et compartimentée autant d'institutions qui relèvent en réalité toutes de la même inspiration[46]. Commençons par ce que nous appellerons les entités principalement économiques, qu'elles soient agricoles[47], industrielles ou commerciales. L'entreprise[48] et l'établissement sont donc concernés, puisqu'ils peuvent paraître appartenir collectivement aux entrepreneurs, aux travailleurs

[45] Allusion, entre autres, au mot fameux de G. Beseler : « Jamais vous ne pourrez faire entrer nos *Genossenschaften* germaniques dans le système du droit romain : nous autres Germains avons eu et avons encore des façons de penser différentes des vôtres » (cité par F. Maitland, introduction à O. Gierke, *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris : L. Tenin, 1914, p. 20).

[46] Par exemple les auteurs commentateurs de la réforme de l'indivision successorale, en 1976, étaient bien conscients de cette unité. P. Catala, *op. cit*., art. 31874, p. 21 : « existence d'un ensemble de tendances qui rapprochent ces figures (la communauté conjugale, la société, l'indivision successorale) les unes des autres, ou deux par deux, sur trois au moins des quatre points où on les a comparées. (…) Ces quelques traits suffisent à montrer que l'évolution de l'indivision n'est ni isolée ni aberrante. Elle s'insère dans un mouvement plus général qui englobe d'autres institutions marquées du signe de l'appropriation plurale » Qu'elle ne soit pas isolée, c'est une chose, c'en est une autre qu'elle ne soit pas aberrante.

[47] Il ne faut pas négliger l'importance de la matière très problématique que nous dirons « de la ferme paysanne », au premier rang concernée par la question de la Propriété collective. Précisément sur le modèle germanique, l'*Anerbenrecht*, v. M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1905, t.3, n°2319, p. 498. Il mentionne diverses législations qui déboucheront, il faut l'ajouter, après la crise politique que connaît la paysannerie durant l'après-guerre (crise sur laquelle on peut lire le roman de E. von Salomon, *La ville*, trad. N. Guterman, Paris : Gallimard, 1933), sur la législation national-socialiste du 29 septembre 1933 (*Reichserbhofgesetz*). Les dispositions du décret-loi du 17 juin 1938, qui inaugurent, en France, la série de réformes relatives au maintien de l'indivision (modification de l'art. 815) et à l'attribution préférentielle à charge de soulte (modification de l'art. 832), ne concernent initialement que les « immeubles formant une exploitation agricole » et le « matériel et cheptel » y attaché.

[48] S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960, p. 104.

(l'organisation des syndicats peut être évoquée à cette place[49]), ou aux bailleurs de fonds, actionnaires, participants ou créanciers. En droit commercial, il faut parler du fonds de commerce[50], mais surtout du mode d'appropriation collectif par excellence que sont les sociétés[51]. Ce ne sont pas seulement les indivisions post-sociétaires, le régime des biens dans les sociétés en participation ou la société d'indivision qui sont concernés, mais toute la matière. Les idées de propriété collective sont la source principale de sa réforme. La SARL, importée en France du droit allemand, en est inspirée directement. L'idée d'opacité et de limitation de la responsabilité du gérant est son œuvre. La dernière grande réforme date de janvier 1978 et concernait aussi l'indivision conventionnelle[52]. A cet endroit, il faut évoquer le domaine très voisin des procédures collectives de liquidation des entreprises en difficulté (la faillite)[53], et l'on pense à la nature de la masse de liquidation et à la distinction récurrente en ce domaine entre deux

[49] Sur la collectivité à l'état de grève, et son comité, cf. R. Saleilles, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, 2ème éd., Paris, 1922, p. 655 , note 1. Il est remarquable que l'on enseigne que la jurisprudence a consacré la théorie de la réalité des personnes morales (théorie germaniste), en invoquant toujours l'arrêt Civ. 2ème du 28 janvier 1954, Gaz. Pal. 1954.I.205, D. 1954, 217, note Levasseur, JCP 1954.II.7978, concl. Lemoine, qui concerne les comités d'établissement : le chapeau de cet arrêt, qui consacre les efforts de L. Michoud, de R. Saleilles et de M. Hauriou aussi, est le suivant : « Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu de la possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés ». Mais le contexte casuistique de cette décision nous pousse à en minimiser la portée (*pro* : H., L. et J. Mazeaud , *Les personnes : la personnalité* ( t.1, 2ème vol. des leçons de droit civil), 6ème éd par F. Chabas, Paris : Montchretien, 1981, p. 668).

[50] R. Savatier, *Les personnes* (t.1 du Planiol et Ripert), 1re éd., Paris : LGDJ, 1925, p. 84, note 1 ; J. Hamel, « La personnalité morale et ses limites », D. Chron. 34, 1949 ; S. Ginossar, *op. cit*., p. 103 et S. F. Grunzweig [Ginossar], *Le fonds de commerce et son passif propre*, Bruxelles, 1938.

[51] S. Ginossar, *op. cit*., p. 103.

[52] Pour une bonne part la matière des sociétés commerciales reste tout de même problématique. R. Saleilles, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Ann. de dr. commercial*, 1895 et 1897, et *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, p. 161 sq. B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963.

[53] Concernant l'usage que nous faisons du vocable de « faillite », nous aurons l'occasion de nous expliquer.

classes de créanciers[54]. Nous restons dans le même univers des sociétés si nous pensons, en droit maritime, au patrimoine ou à la fortune de mer[55] (composée en premier lieu du navire de commerce, très souvent en indivision entre les armateurs[56]). La grande loi réformatrice en la matière date du 3 juillet 1967[57]. Il

[54] La proximité du droit des sociétés et du droit de la liquidation collective a été notée par E. E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7ème éd. par J. Percerou, Paris, 1925, n°1700, p. 1029. De nombreux traits rapprochent les deux matières, l'essentiel étant que dans la faillite l'on distingue deux classes de créanciers, les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs, comme l'on distingue actionnaires et créanciers en matière de sociétés. Patrimoine du failli et dessaisissement : R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse Bordeaux, 1931. Sur la question de la personnalité de la masse, il est convenu de citer Com., 17 janv. 1956, D. 1956.J.265, note Houin, JCP 1956.II.9601, note Granges, Rtd com, 1956, p. 117, n°9, obs. Houin ; B. Oppetit, *op. cit.*, p. 8 ; mais, si l'on trouve en effet dans cet arrêt la formule « la masse des créanciers dans la faillite constitue une personne morale distincte de la personne des créanciers qui la composent », à première vue cette espèce ne nous semble pas, là encore, très révélatrice.

[55] L'armateur (*exercitor navis*) est responsable sur son patrimoine de mer, non sur son patrimoine de terre, des dettes contractées par le capitaine (*magister navis*) : A. Boistel, *Cours de droit commercial*, 4ème éd., Paris, 1890, livre 2 ; R. Saleilles, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Ann. dr. com.*,1895, t.9, pp. 13-14, 17-18, 21, 23-24, 49-51 ; M. Picard, *Les biens* (t. 3 du Planiol et Ripert), 1re éd., Paris : LGDJ, 1926, p. 25 ; R. Gary, *op cit*, p. 190 ; G.-J. Mirkovitch, *Navire et patrimoine de mer*, thèse Bordeaux 1932 (dir. J. Bonnecase ?), avec ce passage, p. 249 : « une sorte d'anonymat dont le capitaine est l'administrateur. Quand il parle, il parle pour le navire. Quand il s'oblige, il oblige le navire. Il est son maître et seigneur, comme le mari l'est de la communauté » (analogie qui, si le mari est le capitaine, place l'épouse commune en position d'armateur — en *Common law*, le capitaine se dit *Ship's husband*, mais il doit s'agir alors d'une analogie avec le régime dotal, le navire étant la dot, et l'armateur, encore, l'épouse) ; S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960, p. 103 ; G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème éd., Paris : Sirey, 1972, p. 468, note 1 ; H., L. et J. Mazeaud, *Introduction à l'étude du droit* (tome 1er, vol. 1 des Leçons), 5ème éd. par M. de Juglart, Paris : Montchrestien, 1972, p. 329 ; R. Sève, « Détermination philosophique d'une théorie juridique. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD* 1979, t. 24, p. 252 (« le patrimoine de mer étant distinct de celui de l'armateur, Hittelingue juge que le navire est, lui aussi, une personne morale ») ; J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, coll. Que sais-je ?, 3ème éd., Paris : Puf, 1984, p. 107 ; C. Atias, *Les personnes. Les incapacités*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1985, n°247, pp. 242-244 ; P. Cordier, « Navire et bâtiments de mer », *Juris-classeur Commercial*, Fasc. 1045, 6, 1998, n°56 ; I. Corbier, *La notion juridique d'armateur* (thèse 1994), coll. Les grandes thèses du droit français, Paris : Puf, 1999, 428 p. Il peut être intéressant, pour les raisons techniques que nous verrons, de distinguer le capitaine du pilote (cf. D. Aurel, *Structure de la personne humaine*, thèse Paris, 1924, pp. 64 et s.), du timonier, de l'officier mécanicien (M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés*, 2ème éd., Paris : Litec, 1988, n°863, p. 212, comparent le président du conseil d'administration directeur général de la société au capitaine officier mécanicien).

[56] A. Colin et H. Capitant, 7ème éd., Paris : Dalloz, 1931, t.1, n°751, p. 793. Chaque indivisaire est titulaire d'une part que l'on appelle un quirat (Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Manuel de droit commercial*, 10ème éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1910, n°878, p. 655). Le mot provient de l'arabe *qirât*, qui signifie la 24ème partie d'un poids, mais c'est un terme d'origine grecque (Vocabulaire Capitant). Ensuite du navire nous aurions pu citer l'aéronef, le film cinématographique (cités par J. Hamel, *La personnalité morale et ses limites*, D. Chron. 34, 1949), et, plus largement, les œuvres collectives de l'esprit, sur le régime desquelles Catherine Arnaud a attiré notre attention.

[57] V. art. 58 et s. ; loi n°69-8 du 3 janvier 1969 ; loi n°84-1151 du 21 déc. 1984. V. Ordonnance de Colbert, sur la marine, 1681 (devenue le livre 2 du Code de commerce, art. 190 à 436).

faut noter aussi, en matière bancaire, les fonds communs de placement[58] et de créances[59].

**12.** LA PROPRIETE COLLECTIVE EN DROIT CIVIL. — Nous changeons à peine de domaine si, quittant le droit commercial, nous évoquons le régime des communautés religieuses (les congrégations), les associations, déclarées (loi de 1901) ou non[60], les fondations[61]. Si nous faisions du droit comparé, il faudrait parler à cet endroit du *trust* de la *common law*, et des *wakuf* en droit islamique. Autant de modes d'appropriation collective des biens. Il faut désormais ajouter le Pacte civil de solidarité, dont la prime raison d'être était la reconnaissance d'une forme de mise en commun des biens, à commencer par le logement[62]. Cela nous conduit à la communauté d'appropriation (la copropriété) de l'immeuble d'habitation divisé par appartements. Longtemps, on a expliqué cette situation par une indivision[63], et c'est devenu l'un des terrains de prédilection des idéaux

[58] T. Bonneau, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *Rtd civ* 1991.25. L. 13 juillet 1979, mod. L. 3 janv. 1983.

[59] V. *Code monétaire et financier*, les « Règles particulières aux fonds communs de placement », art. L. 214-20 ss. (section II Les fonds communs de créances) et L. 214-43 à 49. Décret n° 89-158 du 9 mars 1989 (art. 26 et 34 à 42 Loi 23 dec 1988) abrogé et remplacé par Décret du 24 novembre 2004 n°2004-1266 (1255?).

[60] L. Sebag, « La condition juridique des biens des associations non déclarées », *Rtd civ*, 1939, p. 65.

[61] Fondation d'une œuvre, biens de famille, M. Picard, *Les biens* (t. 3 du Planiol et Ripert), 1ère éd., Paris : LGDJ, 1926, p. 25.

[62] Le cas est celui de deux personnes qui cohabitent. Le propriétaire des lieux décède, le survivant est sans droit face aux successeurs du premier. Article 515-5 C. civ. ; v. J. Charlin, « La fameuse indivision de l'article 515-5 du Code civil », *JCP éd. not*. 2000, p. 1851, *JCP ed notariale*, début janvier 2001, indivision et pacs ; « Le pacs », *Droit de la famille*, n°12 ter, déc. 1999. [Le système du « pacs » vient d'être modifié (v. H. Fulchiron, « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Defrénois*, n° 21, 15 novembre 2006, art.38 471, pp.1621-1652).]

[63] Les théories foisonnent ici comme partout et nous ne traiterons pas de cette matière, mais il nous semble, vu que la propriété du sol entraîne celle du dessus, que si le lot dont le copropriétaire a *la jouissance* comprend partie commune et partie privative, il est, dans la proportion de la valeur de son lot, propriétaire de *tout* le bien. La copropriété est représentée par un syndic.

collectivistes[64]. Et les réformes se sont succédées[65] selon le même rythme que dans les matières voisines[66].

**13.** **LA PROPRIETE COLLECTIVE DANS LE DROIT DE LA FAMILLE. —** De la communauté qui résulte du lieu d'habitation l'on peut passer à la question de l'appropriation collective du patrimoine de cette autre communauté qu'est la famille[67]. Il faut ici penser à un conglomérat d'institutions et de cas limites qui relèvent du versant patrimonial du droit de la famille[68]. Il ne s'agit donc pas de viser de manière

[64] Voir l'organisation sous forme d'un syndic et d'une assemblée dont les pouvoirs sont accrus.
[65] L. 28 juin 1938, L. 10 juillet 1965 et D. du 17 mars 1967, L. du 31 déc. 1985 et D. du 9 juin 1986, L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, modifiée par L. n° 94-624 du 21 juillet 1994.
[66] Il est question dès 1848 de la refonte du Code civil, il y a un projet dans les années 1864/1867 mais il n'y a de profondes réformes qu'en 1938, puis, après la vague des années 1941-43, ce sont surtout deux trains, dans les années 1960-70 et 1980.
[67] Mais « tout est dans tout », et la famille peut surgir du droit des sociétés, cf. J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur* (Le droit de propriété depuis 1914), 6ème éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 245 : « C'est un fait que la grande propriété capitalistique dépasse souvent l'individu, qu'elle a pour support une « grande famille » au sens sociologique, une *gens*, un réseau de fraternités, de cousinages et d'alliances, tendu à travers les conseils d'administration. Ignorant délibérément la *gens*, notre droit s'interdit de connaître le secret du grand capital. »
[68] Par opposition au versant extra-patrimonial du droit de la famille, réformé parallèlement : la filiation en 1966 et 1974, l'adoption en 1968, l'autorité parentale en 1972, l'âge de la majorité en 1975, le divorce en 1978, la relation successorale (dévolution), la tutelle à la personne (incapacités) et le mariage. L'idée même d'un droit de la famille et d'un découpage des matières en extra-patrimonial et patrimonial participe de la dissolution du droit civil. La vision de l'ordonnancement de la matière du droit civil, véhicule d'un sens qui s'est perdu, a été complètement subvertie. C'est d'Allemagne que sont venues les modifications les plus profondes, d'abord sous l'influence d'auteurs comme F.C. von Savigny (*Traité du droit romain*, trad. Guenoux, Paris : Didot, 1841, livre I Sources du droit, l. II Rapports de droit, l. III Application des règles du droit aux rapports du droit, l. IV Droit des choses, l. V Droit des obligations, l. VI Droit de la famille, l. VII Droit des successions) et Zachariae -- *via* Aubry et Rau, cf. le plan du *Cours de droit civil français*, dont la séquence est la suivante : état et capacité (dont sont ôtés filiation et mariage), propriété et servitudes, hypothèques et privilèges, droits personnels (obligations), mariage, filiation, successions --), ensuite du BGB (1896) : livre I partie générale (personnes ; choses ; actes juridiques ; délais et termes ; prescription ; exercice des droits, légitime défense, justice faite à soi-même ; prestation de sûreté), .l. II Droit des obligations, l. III Des droits réels exercés sur les choses, l. IV Du droit de famille, l. V Successions.

floue l'entité familiale elle-même, mais seulement ce qui traduit sa présence relativement aux biens et aux obligations. Il faut parler de la tutelle *aux biens*, réformée en 1964 (Jean Foyer), et du droit des incapables majeurs (réformé en 1970), mais surtout du Droit dit *notarial*, qui comprend régimes matrimoniaux, successions et libéralités. Car c'est surtout dans la communauté conjugale, issue de l'alliance, et dans la communauté des héritiers, issue de la filiation[69], que l'on a cherché les deux grands exemples de la copropriété en main commune (la *gesamte Hand*)[70]. En matière matrimoniale, 1965 date la victoire du droit

---

La distinction traditionnelle, que ses adversaires ne cessent de dénoncer, c'est celle des personnes et des choses (*res*). La *summa divisio* du droit des personnes est celle des hommes libres (*liberi*) et des esclaves (*servi*). Cette distinction concerne l'état civil de la personne, premier volet du droit des personnes — la science du droit civil s'ouvre donc traditionnellement par l'étude de l'institution de l'esclavage. Le second volet concerne la capacité (de jouissance ou d'exercice). En somme, la personne, sujet de la *potestas*, est au cœur du droit civil ; exercée sur autrui, elle est puissance d'asservissement ou, sur des individus libres, de sujétion ou de protection. Au lieu de quoi l'on a le sujet du droit subjectif. Le sens de la partie consacrée à l'état s'est perdu. A cet endroit l'on étudie désormais les droits subjectifs extra-patrimoniaux, intérieurs ou de la personnalité. Quant à la capacité, elle est devenue un étude de la famille. Pour ce qui concerne les *res*, v. note *infra*.

[69] L'interdit de l'inceste signifie normalement que le droit de se marier et le droit d'hériter s'excluent mutuellement (Lettres de Pierre Damien, trad. M. Smith, dans P. Legendre, *Le dossier occidental de la parenté*, Paris : Fayard, 1988, pp. 133 (In cuius autem haereditatem ex iure consanguinitatis admitteris, quo pacto velut extraneus eius coniugium sortiaris ? — Comment peut-on choisir d'épouser quelqu'un comme un étranger tout en étant admis par le droit de parenté à figurer parmi ses héritiers ?), 137-139. Or, dans cette doctrine l'on ne distingue même plus parenté et mariage, comme le montre éloquemment la reconnaissance croissante des droits (successoraux) du conjoint survivant : L. 9 mars 1891, L. 29 avril 1925, L. 3 dec. 1930, L. 26 mars 1957, Ord. 23 dec. 1958, Loi 3 janv. 1972, enfin, tout récemment, la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 (et, cette même année, un article doctrinal collectif — « 237 signataires représentant 37 universités » — alarmant, dans le Dalloz 2001, pp. 2899-2900) ; et de façon conséquente l'on milite aussi pour l'égalité de l'enfant naturel (simple, adultérin comme incestueux) et de l'enfant légitime. Distinction de la dévolution et du règlement successoral. Cf. *Dossier occidental*, p.31. Mais est-ce que les atteintes à la filiation agnatique (il s'agit uniquement de cela) ne remontent pas à bien plus loin ?

[70] J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, prèf. J. Bonnecase, thèse Bordeaux, 1932, 846 p. (la communauté, pp. 227-376, mais les autres régimes sont traités).

coutumier d’essence germanique, représenté par la communauté conjugale[71], sur le droit romain, représenté par le régime dotal. Pourtant, quoique stigmatisée comme d’origine romaine, même la dot était perçue comme un cas de propriété collective[72]. Mais l’ordre public interdit désormais le régime dotal[73]. Quant au régime de communauté, censé avoir été dénaturé par le cadre trop strict du juridisme romain, il s’épanouit enfin, après une succession de réformes (1938, 1942 et 1965), en 1985[74]. Deux masses de biens sont concernées, la masse commune, pendant le mariage, et l’indivision post-communautaire. Cette communauté nouvelle manière répond au même modèle que l’indivision successorale, par ailleurs réformée elle aussi. De nombreuses dispositions relatives au régime primaire impératif et au régime matrimonial de la communauté adoptées en 1965 seront étendues à l’indivision successorale en 1976.

**14.** **LA PROPRIETE COLLECTIVE DANS LE DROIT DES SUCCESSIONS. —** Comme si le confusionnisme devait présider à l’idée de propriété collective, les auteurs qui y adhérent distinguent à peine, lorsqu’ils traitent de communauté familiale, dans le

[71] G. Ripert et J. Boulanger, Paris : LGDJ, 1959, t.1, n°155-[6], p. 330, note 2 ; E. Meynial, « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *Rev. trim. de dr. civ.*, 1903, pp. 811-834 (à propos de l’ouvrage de L. Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Paris : Boyer, 1902, qui rattache ce régime à la *gesammte Hand*) ; R. Gary, *Essai sur les notions d’universalité de fait et d’universalité de droit dans leur état actuel*, thèse Bordeaux, 1931.
[72] Cf. la thèse de P. Raynaud, *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, thèse 1934, 283 p. ; M. Picard, *op. cit.*, n°20, p. 24.
[73] Depuis la loi n°65-570 du 13 juillet 1965, C. civ. art. 216.
[74] Le régime de communauté de 1965 respectait encore beaucoup les principes de la matière en distinguant biens communs ordinaires et biens communs réservés. Biens réservés, M. Picard, *ibid*. La réforme de 1985 supprime la distinction, les biens communs entrant dans une sorte d’indivision extrêmement problématique.

droit romain comme de nos jours, entre le régime de la propriété qui a cours du vivant du *pater familias*, et celui qui naît de son décès[75]. La logique semble la suivante : du vivant du chef de famille, les droits de ses descendants sont tels que l'on fait comme s'il était mort[76], et du jour de son décès, les choses se passent comme s'il était toujours en vie (c'est la fameuse fiction de la survie de la personne du défunt). Parlons d'abord des libéralités[77], matière où fourmillent les institutions difficiles qui sont autant d'illustrations de la propriété collective : les donations *sub modo*, les fondations, le mécanisme de l'exécution testamentaire, le droit de retour légal (successions anomales[78]), la substitution fidéicommissaire[79], le fidéicommis, les biens de famille etc. Mais nous concentrerons l'essentiel de nos investigations sur la matière des successions *ab intestat*[80]. Celle-ci comprend essentiellement deux branches : la dévolution et la

[75] En droit romain il ne faut pas confondre l'indivision *post mortem* et la communauté des enfants *in potestate*, précisément *ante mortem*. Mais les partisans radicaux de la propriété collective répondront sans doute que c'est le compartimentage de la réalité qu'est censée traduire l'idée même de succession qui fait de l'indivision successorale un concept réducteur. R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la. société d'études législatives*, vol. 9, p. 297.

[76] R. Saleilles, « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke (Festschrift für O. Gierke)*, Weimar, 1911, pp. 1019-1020 : « Le père de famille n'eût été que le gérant et le représentant de ses futurs héritiers. »

[77] Comme branche de la discipline, le droit des successions est aujourd'hui largement entendu puisqu'il comprend les libéralités. Il n'en a pas toujours été ainsi. Sans entrer dans une question difficile dont l'élucidation revient aux historiens de l'ancien régime, il nous semble possible de noter que le problème tient peut-être à l'amalgame qui est fait des dons, des legs et des testaments. Les successions et les libéralités (donations et testaments) se suivent dans le Code civil (respectivement premier et second titres du 3ème livre du Code), mais dans le dernier projet les donations figuraient dans un titre IX, entre la vente forcée et le contrat de mariage.

[78] Succession anomale, M. Picard, *Les biens*, 1ère ed, Paris : LGDJ, 1926

[79] Substitution fidéïcommissaire, M. Picard, *ibid.*

[80] Il reste certes difficile de s'occuper des successions *ab intestat* en écartant complètement les libéralités. Celles-ci concernent déjà très directement le partage successoral à propos de l'importante théorie du rapport, qui implique également la réduction des libéralités, au moins dans la mesure où il y a un risque de confusion. Mais ces implications se font au même titre que toutes les autres. Il n'est pas de pan de la matière qui n'intéresse pas immédiatement tous les autres. Les libéralités sont simplement très proches des successions *ab intestat*, mais en réalité le testament y concerne surtout la dévolution successorale.

liquidation (ou le règlement) de la succession[81]. Nous ne nous préoccuperons pas des questions de dévolution[82]. C'est le cas de propriété collective par excellence, l'indivision successorale et son partage, en revanche (qui suppose évidemment, disons-le pour n'y plus revenir, qu'au plan de la dévolution il y ait plusieurs successibles), qui nous retiendra.

**15.** **REFORMES EN MATIERE D'INDIVISION SUCCESSORALE. —** En France, la matière de l'indivision successorale a fait l'objet de réformes législatives ponctuelles[83], mais surtout, dans les années 1887-1912, d'une "bataille" jurisprudentielle que nous placerons au premier plan de nos sources[84]. C'est alors que la propriété collective l'a emporté[85]. Enfin, il y a eu la réforme législative d'envergure de 1976[86], qui a largement consacré les solutions jurisprudentielles[87]. Il reste que

[81] Acceptation sous bénéfice d'inventaire, M. Picard, *ibid.* ; R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse Bordeaux, 1931. Patrimoine de l'absent, M. Picard, *op. cit.*.

[82] Cette distinction n'est pas difficile. Le législateur l'a suivie, pour opérer la réformation de la matière successorale. D'exclure la dévolution de notre enquête nous permet également de ne pas entrer dans les linéaments de l'un des arrêts fondamentaux de la discipline, l'arrêt Toussaint (Civ., 13 août 1851). Nous verrons bien en son lieu la question de la portée de l'obligation personnelle qu'il traite au second titre de ses motifs, deuxième attendu de principe. Mais nous n'aurons pas à aborder la position (qui figure au second titre des motifs, premier attendu de principe) qu'il prend relativement à ceux, divers successeurs et légataires, qu'il inclut dans le domaine du titre successif et qu'il soumet au régime uniforme qu'il promeut.

[83] Afin par exemple d'éviter ou de repousser le partage et de maintenir l'indivision pour les biens de famille (L. 12 juillet 1909), pour l'habitation à loyer modéré (H.L.M.) (L. 5 déc. 1922 et 13 févr. 1937) ou pour certaines exploitations (c'est "la ferme" qui est protégée) (D.L. 17 juin 1938).

[84] Les trois plus grands arrêts sont ceux rendus par la Cour de cassation dans les affaires Rolland (1893), Chollet (1907) et Frécon (1912).

[85] Certaines des solutions préconisées étaient directement inspirées du BGB.

[86] L. n° 76-1286 du 31 décembre 1976. JO 1er janvier 1977, D. 1977, p. 62. Modifie art. 815 et s. et intègre titre IXe bis Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis. P. Catala parlait du « nouveau visage de l'indivision » ( « Commentaire de la loi sur l'indivision », *Defresnois* 1979, art. 31874, n°3, p.8). Cf. L. Josserand, « Essai sur la propriété collective », *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire publié par la Société d'étude législative*, t.1, pp. 356-379.

[87] Non sans échapper, selon certains, sur des points cruciaux, aux risques de mésinterprétation et de surinterprétation des arrêts qu'encourt toute législation de ce type (Y. Lequette, « Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil », *Mélanges Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, pp. 371 s.). C'est de manière trop optimiste que l'on peut dire que la loi de 1976 « a apaisé une partie des discussions en clarifiant des solutions prétoriennes parfois complexes » (F. Delhay, « Société et indivision », *Juriscl. Soc.* 1, n°23.).

dans son régime actuel, l'indivision successorale résulte aussi de règles bien plus anciennes tout comme, sur certains points, d'arrêts récents. En réalité, en cette matière comme dans toutes les autres, le législateur français est censé, au goût de la critique, être resté dans un entre-deux, un pied de chaque côté du fossé, encore hésitant à franchir le pas décisif[88]. Encore tiraillée entre l'ancien (l'indivision selon le droit romain) et le nouveau (la propriété collective), la règle du droit français, freinée dans sa progression à cause de courants doctrinaux contraires[89], hésiterait encore entre la conception romaine et la conception germanique[90]. Toute une doctrine regarde donc le droit positif de l'indivision comme destiné à s'éloigner encore du modèle romain pour progresser vers l'autre conception[91]. Puisque tout n'est pas définitivement réglé, il faut donc tenir compte des arrêts les plus récents, et en quelque sorte veiller pour se tenir à jour des dernières

[88] C'est donc encore de manière très optimiste (du point de vue du courant germaniste) que l'on peut dire que « l'indivision n'est plus aujourd'hui une situation anarchique et anachronique. » (F. Delhay, *ibid*.).

[89] La doctrine résolument promotrice de la Propriété collective perçoit les partisans des deux autres courants comme constituant un frein et un retardateur du progrès. Cf. *supra* n° 4.

[90] F.-X. Testu, (*L indivision* coll. Connaissance du droit – droit privé, Paris : Dalloz, 1996),pour expliquer notre droit tel qu'il résulte de la réforme de 1976, parle d'une "dynamique du grand écart". Théorie de l'indivision "double face". Cf. A. Chamoulaud-Trapies, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse Limoges 1997, Limoges : PU Limoges, 1999, p. 206, qui cite le passage caractéristique de F.-X. Testu. Cf. le mot de Beseler cité *supra*, en note sous n° 11.

[91] L'orientation que prennent les thèses les plus récentes reste fidèle au même courant doctrinal dominant depuis la fin du XIXème. Nous avons cité plus haut R. Saleilles, L. Michoud, M. Planiol, L. Josserand, H. Capitant, J. Carbonnier, P. Raynaud ; aujourd'hui nous pouvons mentionner J. Foyer, P. Catala et M. Grimaldi.

nouvelles du front. Et de plus décisives réformes se préparent, comme l'on peut s'en douter[92].

## *L'indivision successorale*

**16.** NECESSITE D'UNE PERSPECTIVE CRITIQUE. — Nous pensons que ce n'est pas trahir la vision sur laquelle se fonde l'idée de propriété collective que de laisser de côté les données historiques et la philosophie de l'histoire fantaisistes sur

[92] Nous ne trouvons rien à changer de ces lignes, écrites alors que la réforme de 2006 était encore loin d'être annoncée (elle le fut le 2 mai 2005, à Nantes), et que l'on en était resté, après l'échec de trois vaguelettes, vues poindre à l'horizon en 1988 (dépôt à l'assemblée nationale le 21 déc. 1988 d'un projet, dit « projet Arpaillange », « modifiant le code civil et relatif aux successions »), 1995 (dépôt à l'assemblée nationale le 8 février 1995 d'un projet de loi « relatif aux successions ») et 2002 (dépôt au sénat d'une proposition de loi), aux deux grosses vagues réformatrices de 1976 et 1978. Ce n'est donc qu'à l'heure où nous nous relisons, et comme pour illustrer et confirmer notre pensée, que la toute dernière réforme est venue s'échouer sur les plages du droit des successions (les lois, chacun le sait, sont écrites sur le sable). Le projet de loi « portant réforme des successions et des libéralités », présenté en conseil des ministres le 29 juin 2005, a été adopté par le Parlement dans la nuit du 22 au 23 juin 2006 (Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, publié au JO le 24 juin). La loi entrera en vigueur le 1er janvier 2007 (art. 47, I. de la loi). En matière successorale l'on applique la loi en vigueur lors de l'ouverture de la succession (c'est ce que rappelle l'art. 47, II, al. 3 de la loi). En dérogation à cette règle, la loi a prévu l'application de certaines de ses dispositions (art. 47, II, al. 1er de la loi, qui vise le droit de l'indivision, à l'exclusion du droit des successions proprement dit), selon sa formule, « aux indivisions existantes et aux successions ouvertes non encore partagées » à la date de son entrée en vigueur (de même la loi du 31 déc. 1976 était applicable aux indivisions existantes au jour de son entrée en vigueur, le 1er juillet 1977), sous réserve des instances déjà introduites (comme il se doit, une loi rétroactive ne devant pas, sauf ordre public impérieux, influer sur le déroulement des litiges en cours). Notre propos demeure d'actualité. Par exemple, ce qui a été annoncé comme le point fort de cette réforme, la fin de l'exigence d'unanimité, est encore très loin d'avoir rempli les espoirs que nourrit une certaine doctrine depuis cent cinquante ans. Il s'agit que des décisions soient prises à la majorité, plutôt qu'à l'unanimité. Mais d'abord c'est une majorité des deux tiers qui est exigée, un tiers étant encore suffisant pour interdire l'acte (d'où une première marge laissée aux générations de réformateurs à venir) ; ensuite et surtout, il ne s'agit jamais que des actes de disposition (les actes conservatoires et les actes d'administration n'étaient pas concernés par l'exigence d'unanimité) *relatifs aux meubles,* et *dans le cas où leur aliénation servirait à payer des dettes de l'indivision*. Cela exclut le cas des immeubles, le seul qui est concerné, car, comme nous le verrons, en l'état du droit antérieur à cette réforme il est parfaitement possible d'aliéner les meubles successoraux. Autrement dit, sur ce point capital, l'on ne change rien.

lesquelles elle prétend se fonder[93]. Avouons-le, nous ne voyons guère quelle raison l'on va nous découvrir depuis que la *Genossenschaft* et la *gesamte Hand* sont tombées en discrédit. Dans le fond, le courant germaniste n'était qu'une incarnation passagère d'un anti-juridisme foncier qui, depuis qu'il y a une science du droit, se retrouve à toutes les époques et qui avance toujours sous le masque de l'anti-romanisme (parce que qui dit *droit* dit *droit romain*). Sa prépondérance en doctrine n'aura donc été rien d'autre qu'une de ces sempiternelles crises du droit et de la logique. En attendant, le contexte actuel peut se résumer dans l'idée d'un déclin continuel du droit savant. Le droit moderne est à cet égard un nouveau droit barbare[94]. Nous vivons « sous l'œil des Barbares ».

[93] Peine perdue, à l'évidence, que de fouiller le sol à la recherche des traces de l'indivision préhistorique (cf. M. Planiol , 3ème éd., Paris : LGDJ, 1905, t.3, n°2319, p.498). Il s'agit d'une légende, représentation qui s'explique par des raisons politiques aux premier rang desquelles il faut placer le sursaut nationaliste anti-napoléonien (v. M. Villey, *Le droit romain*, coll. Que sais-je ?, 2ème éd.,Paris : Puf, 1949, pp. 118-119 ou 8ème éd. 1987, pp. 115-116 ; E. Conte, « Droit médiéval. Un débat historiographique italien », *Annales* 2002-6, pp. 1593-1613). Mais ces représentations ont survécu au contexte politique qui les a vu émerger. Elles n'ont pas été passées au crible de la critique par les juristes. Si personne ne songe à blâmer des auteurs importants comme Planiol ou Saleilles de n'avoir fait qu'obéir à des représentations dominantes *de leur temps*, il y a un pas de là à ce que par le biais de l'autorité bien légitime qu'ils conservent de nos jours l'on agrée encore de telles idées. Les manuels les ont transmises jusqu'à nos jours sans plus d'examen. On les retrouve dans la plupart des traités de droit successoral (F. Terré et Y. Lequette, Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°13, p. 11 ; P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, vol.1, n°12, p. 9 ; J. Flour et H. Souleau, coll. « U », 3ème éd., Paris : Armand Colin, 1991, n°4, p. 5 ; H., L. et J. Mazeaud, 2ème éd. par De Juglart, Paris : Montchretien, 1971, n°664, p. 7). La raison en est qu'elles sont restées utiles. Parce qu'elles entraînent et expliquent le mouvement encore actuel du droit positif.

[94] Parallélisme entre notre époque et la fin de l'empire romain (cf. le thème « du grand parallélisme », établi depuis la Révolution entre les XIX-XXèmes s. et l'époque des guerres civiles et du christianisme primitif, à Rome, il y a deux mil ans : C. Schmitt, Tres posibilidades de una vision cristiana de la historia, *Arbor* février 1951, alinéa 4). La fin de l'empire d'Occident ouvre huit siècles de rupture d'avec les sources vives (sur cette notion, cf. F. C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris : Puf, 2006, p. 146). Du milieu du IIIe s. au milieu du XIe s., plus particulièrement du Ve au VIIe s., qui voit la rédaction de lois et de coutumes.

**17.** **ADOPTION D'UN AUTRE PARADIGME. —** Nous pensons qu'en vérité le mouvement de réforme du droit positif que nous avons évoqué ne peut pas trouver d'achèvement. Nous ne croyons pas à la réalité d'une opposition entre deux systèmes, pas plus que nous n'adhérons à un tel mode d'analyse[95]. Plutôt que d'une manière bipolaire, qui évoque une sphère, les choses nous apparaîtraient configurées sous la forme plane d'un disque. La vérité de l'indivision successorale est au centre. S'il n'y a qu'une logique, et il n'y a qu'une logique, à laquelle rien ne peut être opposé, il n'y a aussi qu'une seule conception rationnelle possible de l'indivision successorale. Rien, aucun système cohérent auquel puisse réellement correspondre la propriété collective, ne peut former un but susceptible d'en arrêter un jour la progression. Il est beaucoup plus facile de se détourner de la vérité rigoureuse du droit que d'en poursuivre la quête, et par conséquent ceux qui s'en détournent délibérément ne trouvent guère d'obstacle à leur progression[96]. Nous nous figurerons les courants doctrinaux

[95] Les représentations du type bipolaire sont fort répandues en Droit.
[96] Je me suis inspiré de la conception qui se trouve chez J. Donoso Cortès, que ce soit dans ses discours, dans ses lettres ou dans son *Essai sur le catholicisme, le libéralisme et le socialisme* Paris, 1851, (par ex. lettre du 16 juillet 1849, *Lettres et discours de M. Donoso Cortès*, Paris : Lecoffre, 1850, p. 56) ; philosophie de l'histoire qui se trouve aussi chez un lecteur de Donoso Cortès, L. Bloy (p. ex. *Œuvres*, t.15, p. 55) ou, matinée de paganisme, chez R. Guénon (p. ex. *La crise du monde moderne*, Paris : Gallimard, 1973) puis, de là, chez J. Evola, *Révolte contre le monde moderne*, Bibliothèque l'Age d'homme, Paris : Les éditions de l'homme, 1972, p. 228 ; cf. G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris : LGDJ, 1949, lorsqu'il estime ce déclin sans remède naturel ; v. aussi la conception, désespérée, de G. Le Bras : *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident, Prolégomènes*, Paris : Sirey, 1955, t.1.

germaniste, légaliste et “dogmatique” comme des cercles concentriques[97]. Les germanistes, qui se détournent résolument de ce centre, forment le cercle le plus large. Le cercle médian est celui des légalistes, car ils se placent à l’endroit où se trouve le droit positif, à l’intermédiaire du centre et du cercle des germanistes. Quant au cercle le plus étroit, auquel nous adhérons, il est formé des doctrines qui sont orientées vers le centre et qui adoptent tant devant le droit positif que face aux deux autres doctrines une perspective critique.

**18.** **LA RENAISSANCE DU DROIT ROMAIN. —** A l’encontre de cette tendance, nous avons pensé qu’il serait curieux de tenter l’expérience, l’espace de quelques pages, d’amorcer l’effort de restaurer une grille d’analyse plus rationnelle, et donc de redresser le courant romaniste. La doctrine romaine du droit civil ne peut pas rester plus longtemps désincarnée. Il est temps de retrouver ce que l’on a stigmatisé jusqu’ici comme la conception romaine. Précisons bien que nous ne comptons pas nous lancer dans une étude romaniste (ce qui relève aujourd’hui de l’histoire) : nous ne prendrons jamais qu’une vue très superficielle du problème

[97] Le thème de cette analyse nous a été inspiré de la fréquentation des œuvres de J. Donoso Cortès et de C. Schmitt. C’est le publiciste espagnol Juan Donoso Cortès qui a mis en lumière la correspondance des catégories fondamentales du droit constitutionnel et de la théologie ( J. Donoso Cortès, *Le catholicisme, le libéralisme et le socialisme*, Paris : Vaton, t.3, 1859 [*reprint*, Dominique Martin Morin, 1986] cité par C. Schmitt dans *Théologie politique*, trad J.L Schlegel, coll « Bibliothèque des sciences humaines », Paris : Gallimard, 1988, pp. 61-75), et *Œuvres complètes*, différentes éditions). Dans son versant théologique, la structure que nous adoptons ressemble à celle du christianisme trinitaire. Nous prenons sur nous la responsabilité de l’adaptation de cette analyse au droit civil, du tracé de la ligne de partage entre les trois doctrines ainsi que la dynamique spécifique de leurs rapports sur le terrain de l’indivision successorale. Comp. la représentation politique des années 20 et 30, d’un aimant en fer à cheval, qui place les idées opposées aux deux pôles, négatif et positif, mais qui prévoit deux espaces différents, l’un, à l’angle, pour les neutres, l’autre dans l’espace entre les deux pôles, où l’énergie est la plus sensible.

en droit savant, c'est-à-dire en droit romain[98] et en droit médiéval. Cela n'empêche que nos efforts s'inscrivent bien dans l'horizon d'un retour de ces études. Nous espérons y contribuer en éclaircissant la casuistique de l'indivision successorale dans le contexte français[99] et en renouant avec ce qui a été perçu jusqu'ici comme le pôle négatif du droit de l'indivision.

**19.** DELIMITATION DE CETTE ETUDE. — Pour relever ce défi, nous avons choisi de ne nous attacher principalement qu'à une institution. La raison en est que dans ce genre d'étude il vaut mieux procéder ainsi que de présenter un panorama des institutions concernées. Le panorama, qui, en outre, a déjà été fait maintes fois, permet tout juste de constater que les mêmes problèmes se retrouvent dans divers contextes, sans les approfondir ni les régler. Pour ce faire, il est nécessaire de creuser les questions dans des applications bien caractéristiques. De plus, non seulement il est absolument nécessaire de se concentrer sur un domaine, mais, comme le droit positif est mis en cause, il faut le saisir à un stade précis de son évolution, sous un régime donné. Pas plus que de procéder à une étude pluridisciplinaire, il ne peut s'agir de droit comparé ou d'histoire du droit. Nous traiterons donc de l'indivision en droit français actuel.

**20.** L'INDIVISION SUCCESSORALE DANS L'ORDONNANCEMENT DU DROIT CIVIL. — Nous nous sommes attachés à l'indivision successorale parce qu'elle incarne

[98] J. Gaudemet, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain,* thèse Strasbourg, Paris : Sirey, 1934.
[99] Ce serait un travail de romaniste de restituer d'ores et déjà à certaines formules latines utilisées en la matière depuis toujours leur contexte casuistique adéquat.

l'archétype de toutes les indivisions. D'ailleurs, le premier aspect sous lequel peut s'observer l'impact des doctrines de la propriété collective, c'est celui de la place et de la fonction de la matière de l'indivision successorale dans le droit en général. Selon un ordonnancement transmis par les institutes de Justinien et traditionnellement conservé par les coutumes et les traités doctrinaux jusqu'au Code civil y compris, le droit des successions, et donc, par là-même, l'indivision successorale, relevaient du *droit civil*[100]. La transmission successorale avait sa place aux côtés de la possession, de l'adrogation, de l'addition et de l'achat des biens, sous l'égide des manières dont on acquiert la propriété en vertu du *droit civil* (par opposition aux modes relevant du *droit des gens*) *à titre universel* (par opposition aux façons de l'acquérir *à titre particulier*). A leur tour, toutes les *manières dont on acquiert la propriété* étaient étudiées, ensuite des *différents objets de cette propriété* (c'est-à-dire les différents *biens*, meubles et immeubles), et avant les *modifications apportées à son usage* (soit les

[100] Cette appartenance du droit successoral au droit civil, qui est le droit commun, le situe d'une certaine manière au-dessus même de la distinction du droit public et du droit privé (J. Berriat Saint-Prix, *Précis d'un cours sur les préliminaires du droit*, Grenoble : Allier, 1809, p. 10) ; A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris : Flammarion, 1993-1999, t.1, chap. 3 : « Je m'étonne que les publicistes anciens et modernes n'aient pas attribué aux lois sur les successions une plus grande influence dans la marche des affaires humaines. Ces lois appartiennent, il est vrai, à l'ordre civil, mais elles devraient être placées en tête de toutes les institutions politiques, car elles influent incroyablement sur l'état social des peuples, dont les lois politiques ne sont que l'expression. » Cité par F. Le Play, *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, New York : Arno Press, 1975, chap. 17, IV ; G. Sorel, *Réflexions sur la violence*, Paris : Seuil, 1990, p. 140 ; cf. O. Beaud, préface de C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, coll Léviathan, Paris : Puf, 1993, p. 38 ; cf. toujours sur le thème du caractère public du droit civil, v. E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi, essai sur la théologie politique du Moyen Age*, trad de l'anglais par JP Genet et N. Genet, coll « Bibliothèque des Histoires » Paris : Gallimard, 1989 ; J. Barthélémy, préface à *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6ème éd., Paris : Sirey, 1984, « Il a rompu la tradition et dissipé le charme qui enchaînait le droit public à la remorque du droit civil et des méthodes civilistes ».

servitudes), au titre général de *la propriété*. Propriété et obligation[101] (*dominium* et *obligatio*) formaient ensuite les deux subdivisions des choses (*res*)[102]. Enfin, la catégorie des *res* constituait, après la personne (*persona*) et avant l'action (*actionis*), le second des trois objets principaux de la matière du droit civil[103].

**21.** PERSONNES, BIENS, OBLIGATIONS. — Le Droit des successions est à sa place en droit des biens[104]. Ce n'est pas du droit des personnes (il n'est directement question ni de l'état, ni des incapacités) ou du droit des obligations. Néanmoins,

[101] La matière de l'obligation contient l'étude de ses sources (contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits) et sa théorie générale, qui comprend les sûretés.

[102] Cette distinction traverse jusqu'à nos jours toute l'histoire du droit civil. Aussi loin que l'on puisse remonter dans le temps, elle a ordonné le droit civil. En droit romain archaïque, les principales parmi les plus anciennes actions (les *actio sacramentum*) sont de deux sortes, *in rem* et *in personam*. La subdivision de la partie consacrée, dans les Institutes de Justinien et de Gaïus, aux *res*, obéit à la même distinction. Dans les Institutes de Justinien l'étude des *res* est clairement comprise du livre II au livre IV, 5. Certes, la césure de la propriété et des obligations n'est pas annoncée ainsi qu'elle devrait en II, 1, en II, 9-10 et en II, IX, 3 ou en III 12, 13 ou 14, néanmoins, cela n'empêche que de II, 1 à III, 13 il s'agisse de la propriété, et de III, 14 à IV, 5, de l'obligation. Dans les Institutes de Gaïus, les biens sont de II, 1 à III, 87 ; les obligations sont de III, 88 à III, 225 (contrats de 89 à 191 et délits de 182 à 225) : les successions sont dans les biens, de II, 99 à II, 190, puis viennent les legs, de II, 191 jusqu'à II, 245, les fidéicommis, de II, 246 à 289, puis la dévolution *ab intestat*, III, 1 à 17, les biens des affranchis, III 18 à 76, l'achat des biens, III, 77 à 87.

[103] Les *Institutes* de Justinien nous ont légué ce découpage tripartite de la matière du droit civil dont les juristes font l'étude : *persona*, *res*, *actionis*. Cf. *Inst. Just.*, I, 1-2 pour le Droit en général, I, 3-26 pour les personnes, II-IV, 5 pour les choses puis IV, 6-15 pour les actions ; tels sont les trois objets principaux du droit privé, mais ceux-ci sont encore secondaires au regard de son objet général que sont les jugements, IV, 16-18, selon une interprétation que l'on trouve chez J. Berriat Saint-Prix, *Précis du cours de législation*, grenoble : Allier, an XII [1803], pp. 187 (citation de Wesembech) et 217-218.

[104] Le classement de la matière intéresse le droit international privé. Le règlement des conflits de lois dans l'espace est régi de façon essentielle par la distinction de la propriété, à laquelle s'attache la règle *lex rei sitae* (« le statut réel est régi par la loi de la situation du bien »), et de l'obligation, par la règle diversement dite, *lex loci actus*, *lex loci contractus*, *locus regit actum* (« les actes et faits générateurs de droit régis par la loi locale », sauf loi d'autonomie, mais tardivement, pour les contrats). Si le droit successoral relève du droit des biens, la loi successorale applicable sera celle à laquelle le bien en cause est soumis (*lex rei sitae*), c'est-à-dire, *en ce qui concerne les immeubles*, la loi du lieu où il se situe. H. Battifol, *Droit international privé*, 5ème éd., Paris : LGDJ, 1971, t.2, n°526, p. 156 : « La question de savoir si la loi de la situation doit régir l'acquisition des droits réels par voie de succession à cause de mort est une des plus débattues du droit international privé depuis plusieurs siècles. » Ces auteurs étudient les successions non sous le Titre 2, Le statut personnel ou sous le Titre 3, Le statut réel mais sous le Titre 4, Actes et faits juridiques, en son chap. 14, (où l'on voit qu'il faut distinguer, non seulement succession *ab intestat* et successions testamentaires et contractuelles mais encore la dévolution, la transmission et le partage de la succession).

toute localisation de ce type a des limites et présente un côté un peu scolaire[105]. Ce n'est pas qu'il ne soit pas question d'obligation ou de personne en droit des successions[106]. Après tout, les obligations se transmettent successoralement autant que les biens. Le défunt avait peut-être des créances, c'est-à-dire, corrélativement, des débiteurs, et, au plan du passif, il peut encore laisser des dettes, c'est-à-dire des créanciers. En outre, biens et obligations sont transmis aux héritiers, qui ont eux-même, pour leur part, des biens, des débiteurs et des créanciers, ce qui ne simplifie pas les choses[107]. Nous avons noté aussi, dès le départ, l'importance de l'obligation dans le partage. L'obligation et la matière des obligations, que ce soient les sources (contrat de vente, mandat, société) ou la théorie générale (confusion, compensation, sûretés, saisie-revendication), sont même très présentes en matière d'indivision[108]. En droit successoral, la propriété et l'obligation sont directement en cause. Quant à la notion de personne, que l'indivision successorale ne soit pas directement relative à l'état ou à la capacité n'empêche pas que la personne soit concernée dès lors qu'il est question du décès et de la propriété. En outre, la théorie de la personnalité y est impliquée,

[105] En droit de la tutelle, qui relève incontestablement du droit des personnes, il est constamment question de biens et d'obligations.

[106] En outre, les renvois sont inévitables et toute étude suppose une synthèse. Avant la réforme de 1976 des pans importants de la matière de l'indivision successorale figuraient effectivement en droit des obligations. En 1978 les conventions d'indivision ont été placées près du contrat de société.

[107] Ce sont ces biens et ces personnes, héritiers, créanciers et débiteurs, qui sont en question avec un décès. Le terme de succession peut désigner l'objet transmis, les héritiers auxquels il est transmis et le processus de transmission lui-même (cf. M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1905, t.3, p. 309, sur les usages plus larges du terme).

[108] Il reste néanmoins que selon l'analyse classique les obligations se divisent dès l'ouverture de la succession et sont exclues du partage, qui ne concerne que les biens ; dès lors, si le partage est perçu comme le cœur de la matière successorale, il est normal de situer les successions en droit des biens et pas en droit des obligations.

mais comme elle l'est avec les contrats de société et de mandat et avec les régimes matrimoniaux. Enfin le Droit des personnes se réfère lui-même souvent au droit successoral (mort civile, absence et disparition, tutelle).

**22.** **Dissolution de l'ordonnancement du droit civil. —** L'ordre fondamental des matières du droit civil, dans lequel l'indivision successorale avait sa place, s'est dissout dans une analyse globale de la discipline en terme de rapport de sujet à objet[109]. Sur le versant de l'étude des *res*, tout a été réenvisagé de manière globale sous l'angle du droit subjectif *extérieur* ou *patrimonial*. Cette vision a fait en sorte que propriété et obligation sont devenues des entités en quelque sorte autonomes par rapport à la personne. Mais surtout, elle les a réduites de manière purement théorique à l'unité. La matière des obligations s'est dissoute : le droit de gage général et le droit des sûretés (privilèges et hypothèques) sont passés définitivement, en tant que droits réels accessoires (sous-entendu,

[109] C'est l'idée de M. Villey, sur le droit subjectif : « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD* 1964-9, *Le droit subjectif en question*, pp. 97-127 ; *Le droit romain*, coll. Que sais-je ?, 8ème éd., Paris : Puf, 1987, pp. 44-45 ; Y. Thomas, « La langue du droit romain », *APD* 1974-19, p. 114.

*accessoires d'une obligation*), sous l'égide du droit réel ; et le *debitum*[110], quant à lui, est resté jusqu'à nos jours problématique[111]. Cela a rompu l'ordonnancement du droit civil, que structurait précisément la subdivision de la catégorie des *res* en propriété des biens et obligations entre personnes[112].

**23.** **DEFAILLANCE DU PLAN DU CODE CIVIL. —** Mais il faut noter qu'avant cela le plan du Code civil de 1804 avait déjà introduit une première faille dans

[110] C'est encore une invention de la doctrine allemande du droit romain (Brinz, Binder, Marchi et Gierke ; v. Cornil, « Obligatio et debitum », *Mélanges Girard* I, 1912 ; J. Maillet, *La théorie Schuld et Haftung en Droit romain*, thèse Aix, 1944 ; E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898). L'obligation *lato sensu* contiendrait deux éléments, qu'il s'agirait de discerner : d'une part il y aurait le *debitum*, *Schuld*, la dette, ce qui doit être payé, ou autrement dit le lien dont l'une des extrémités est active et l'autre passive. D'autre part serait l'*obligatio* strictement dite, *Haftung*, ce qui contraint à payer : c'est l'engagement d'un bien à titre universel ou particulier, en garantie du paiement, et que le créancier pourra saisir. Mais c'est aussi l'élément contraignant de l'obligation, dont la notion est floue. L'on donne l'exemple de la caution personnelle, de la caution réelle et du tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué comme des cas où la personne n'est en relation avec le créancier que sous l'aspect *obligatio*. H., L. et J. Mazeaud, *Obligations. Théorie générale.(*t.1, vol. 2 des *Leçons de droit civil)*, 6éme éd. par F. Chabas, Paris : Montchrestien, 1978, 1re leçon, n°9, p. 8, n°22, pp. 16-17 (l'obligation réelle) et n° 25 p. 18 (l'obligation naturelle). Notre droit ne connaît pas le cas d'une personne qui ne serait débitrice que sous l'aspect du *debitum*. On devrait pouvoir distinguer le caractère contraignant d'un devoir et le droit de gage général du créancier. Si l'*obligatio* correspond au droit de gage général, le *debitum* seul peut être néanmoins un titre au nom duquel le débiteur peut être condamné à une astreinte ou à la contrainte par corps. Et dans le cas de l'obligation naturelle la distinction est ambiguë. La distinction *Schuld* et *Haftung* est maintenant largement reçue (par exemple, V. Brémond l'agrée, *Dalloz Affaires*, 2000 (n°3), p. 706, ou J.-C. Montanier l'entérine dans *Le contrat*, 3ème édition, Grenoble : PU de grenoble, 2000) et fait partie de la culture juridique commune.

[111] D'aucuns y ont vu un droit réel indéterminé.

[112] La *summa divisio persona/res*, avec subdivision de cette dernière en propriété et obligation ne subsiste plus que dans la tradition des trois *piliers* (L. Josserand, J. Carbonnier, J.-L. Sourioux, C. Atias) ou *colonnes* (P. Dubouchet) du *Code*, ou du *droit* ; car c'est bien de cela qu'il s'agit lorsque l'on parle, pour le premier pilier, de la puissance paternelle (L. Josserand) ou de la famille (J. Carbonnier, J.-L. Sourioux, C. Atias), pour le deuxième, de la propriété (L. Josserand, J. Carbonnier, J.-L. Sourioux – qui cependant y adjoint les droits réels --), du droit des biens (C. Atias) ou de l'article 544 du Code civil (P. Dubouchet), et pour le troisième de la responsabilité (Josserand), du contrat (J. Carbonnier et J.-L. Sourioux, C. Atias parle des contrats, au pluriel) ou des articles 1134 et 1382 (P. Dubouchet, qui y voit deux colonnes — ce ne sont que colonnettes -, ce qui pour son compte fait trois, puisqu'il ne compte pas les personnes ; mais O. Cuperlier aboutit à quatre en énonçant famille, contrat, responsabilité et propriété). L'on tendait plus anciennement, et à une époque plus proche de la rédaction du Code, à ne considérer que la propriété et la famille (A.-M. Demante). A.-M. Demante, 2ème éd., Paris : éd. Plon, t.1, p. 35 ; L. Josserand, « Essai sur la propriété collective », *Le code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, publié par la société d'études législatives, 1904, p. 357 ; J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6ème éd., Paris : LGDJ, 1988 ; J.-L. Sourioux, D. 2002.968 ; P. Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 2ème éd., Lyon : L'Hermès, 1991, p. 74 ; C. Atias, *Les personnes. Les incapacités*, coll. droit fondamental, Paris : Puf, 1985, p. 15 ; O. Cuperlier, dans *Le Monde* du 1er septembre 2004.

l’édifice[113]. C’est lors de la confection du dernier projet de Code qu’un étrange flottement s’est introduit dans les esprits. La catégorie des *res*, sa subdivision en propriété et obligation et la catégorie même d’obligation perdent de leur évidence. Le Code de 1804 ne conserve plus que la seule rubrique de la propriété, et sous l’égide de cette dernière, il range, au titre *des modes d’acquisition de la propriété à titre universel*, la matière que contenait le droit des obligations en l’intercalant entre *les successions* et *la possession* (la prescription)[114]. Ce dernier conglomérat est érigé dans la foulée en un tout nouveau livre troisième *Les différentes manières dont on acquiert la propriété*, qui, avec le livre second *Les biens et les différentes modifications de la propriété* renferme la matière des *res* sous l’égide de la seule propriété. L’accession, qui

[113] La classification habituelle est encore respectée dans les trois premiers projets de Code civil (1[er] projet, 8 août 1793/an II ; 2[ème], présenté le 9 sept 1794, arrêté le 25 août 1794/8 fructidor an II ; 3[ème], 16 prairial an IV ; ne parlons pas du projet Jacqueminot ; 5[ème] et dernier projet, 24 Thermidor an 8). L’intitulé du livre 1[er], *Des personnes* date du second projet (antérieurement *De l’état des personnes*). Un livre deuxième est consacré aux biens et un troisième aux obligations (du second projet date l’intitulé *Des obligations*, moins restrictif que *Des contrats*). Même si Cambacérès ne parle pas dans son discours de présentation de la distinction de la propriété et de l’obligation (P.A. *Fenet* , Paris : Videcoq, 1836, p. 13, sur la distinction des biens et des contrats, les modifications introduites, comme nous allons le voir, par le dernier projet, seront l’occasion d’arguments en faveur du maintien de l’équilibre traditionnel (“Observation du tribunal d’appel séant à Paris, par la voix des commissaires Treilhard et Agier”, P.-A. Fenet, *op. cit*., t.5, pp. 211-212 : “Il semble qu’on aurait mieux fait de s’en tenir aux idées reçues ; et après avoir parlé d’abord des personnes, ensuite des choses, de distinguer, à l’égard de celles-ci, comme font tous les jurisconsultes, deux sortes de droits : le droit à la chose, le droit dans la chose”). Dès le second projet un quatrième livre qui traitait *Des actions* est renvoyé à un Code de Procédure Civile. Les successions figurent dans le livre deuxième, sous les modes d’acquisition de la propriété, avec l’occupation, l’accession, les donations et les prescriptions.

[114] V. Portalis, “Discours préliminaire” dans Fenet, *op. cit.*, t.1, qui annonce le passage aux biens (p. 507, en bas de page) puis qui dit « Il est diverses espèces de biens ; il est diverses manières de les acquérir et d’en disposer. » (p. 508), et « Les contrats et les successions sont les grands moyens d’acquérir ce qu’on n’a point encore et de disposer de ce que l’on a. » (p. 509) ; enfin il est question des successions et de la possession (p. 517). Peut-être l’idée a-t-elle été prise chez Domat, car son ouvrage *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris : Le Clerc, 1777 est construit en diptyque : le premier panneau porte *Des Engagements & de leurs suites*, le second *Des successions* ; J. Berriat Saint-Prix, *op. cit*., table n°4, où les obligations sont « des moyens d’acquérir et d’user des choses ».

restait de la matière générale des modes d'acquisition de la propriété, est maintenue dans le livre second, entre la distinction des biens et les servitudes.

**24.** DESOLIDARISATION DU DROIT DES SUCCESSIONS ET DU DROIT CIVIL. — Dans le Code civil, le droit des successions était donc encore classé en droit des biens. Ce sont les obligations qui avaient été déplacées[115].

Pourtant, tout s'est déroulé ensuite comme si, oubliant la répartition originelle de la matière, le droit des obligations avait ressurgi pour devenir l'essentiel du livre 3, de sorte que les successions y paraissent comme greffées et rompent tout lien avec le droit des biens. L'on en vint ainsi à consacrer l'autonomie du droit successoral au regard du droit des biens. De telle sorte qu'en droit des biens l'on étudie l'indivision en général et que l'indivision successorale fait maintenant figure de matière spéciale.

**25.** INFLUENCE DE L'ENSEIGNEMENT UNIVERSITAIRE. — Peut-être Savigny a-t-il prolongé ce mouvement simultané de décomposition de l'ordre traditionnel des matières et de désolidarisation du droit des successions et du droit civil. Dans son *Traité*, le droit des successions est placé en toute fin, comme s'il était mis à part[116]. Cette nouvelle organisation des matières se retrouve dans le cours de droit civil de Zachariae, dans l'ouvrage d'Aubry et Rau et finalement dans le

[115] V. le projet du 24 Thermidor an 8, Titre 1 *Des successions*, Livre 3 *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, art. 1 à 218 (cf. disp. générales, art. 1), *Fenet*, *op. cit.*, t.2.
[116] V.F. C. von Savigny, *Traité du droit romain*, trad. Guenoux, Paris : Didot, 1841, I : Sources du droit, II : Rapports de droit, III : Application des règles du droit aux rapports du droit, IV : Droit des choses, V : Droit des obligations, VI : Droit de la famille, VII : Droit de succession.

BGB[117]. En France, à la fin du XIXème siècle, la modification des programmes de l'enseignement des éléments du droit consacre le nouvel ordre des choses. C'est alors qu'au lieu de suivre l'ordre du Code civil, l'on affecte la 3ème année de licence au droit privé notarial, qui comprend successions et régimes matrimoniaux.

**26. SENS DE L'APPARTENANCE DU DROIT DES SUCCESSIONS AU DROIT CIVIL : LES LIQUIDATIONS. —** De contenir des schémas et des formes transposables et exportables dans les autres matières, le droit civil prenait son sens : d'être un droit commun. D'abord le droit des successions n'est pas étroitement lié à la mort. Il n'est pas le droit funéraire. L'ouverture de la succession d'une personne peut résulter d'autre chose que de sa mort : de sa disparition, de son absence, de sa mort civile, voire de sa faillite. Ensuite le droit des successions vise, avec l'ouverture d'une succession, avec la transmission à titre universel des biens et des obligations, et avec le partage, des phénomènes centraux. Le droit des successions renfermait le modèle de toutes les liquidations (civiles, commerciales, terrestres ou maritimes). D'être liée au droit des successions, l'indivision successorale relevait donc du droit commun. Et en effet, par le seul terme d'indivision l'on entendait traditionnellement la situation résultant d'une

[117] L'indivision y figure en quatre endroits: 1) au titre de la *Pluralité de débiteurs et de créanciers*, art. 420 à 432, section 6 du Livre II (Droit des obligations) -- cela ce conçoit. 2) au titre *De l'indivision*, art. 741 à 758, Titre 15 de la section 7 (Des obligations diverses) du même Livre II -- ce qui est critiquable. 3) au titre *De la copropriété*, art. 1008 à 1011, titre 5 de la section 3 (De la propriété) du livre 3 (Des droits réels exercés sur les choses) – *id.* 4) au titre *De la pluralité d'héritiers*, art. 2032 à 2063, titre 4 de la section 2 (De la situation juridique de l'héritier) du livre 5 (Des successions).

succession ou d'un héritage échu à plusieurs personnes. Cela situait l'indivision en droit successoral. L'indivision successorale était un modèle qui contenait des règles valables pour toutes les autres indivisions.

**27.** **LE DROIT DES SUCCESSIONS, *SEDES MATERIAE* DE L'INDIVISION. —** Cette indivision de droit commun, en tant que contenant le partage, était à son tour elle-même considérée comme une matière-mère pour les sociétés et communautés[118]. Et parce qu'elle contient une théorie des comptes elle nous semble, plus largement encore, contiguë du droit de la tutelle et du mandat. Les règles relatives à l'indivision ont leur place en droit successoral. Avec le droit successoral nous étudierons le *sedes materiae* de l'indivision.

## *Démarche*

**28.** **MISE EN ORDRE D'UNE CASUISTIQUE. —** Nos développements se présenteront d'un bout à l'autre comme un enchaînement séquentiel de cas. L'on peut même considérer qu'il ne s'agira que d'un seul cas dont seront étudiées les variables, en commençant par les plus simples, pour s'acheminer vers les plus *complexes*. Le plan de notre démonstration est commandé, avant toute autre considération, par la nécessité de prendre une vue synthétique et claire d'une casuistique qui a acquis et qui conserve une réputation de byzantinisme, de désordre inextricable, de confusion et d'obscurité.

[118] R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris : Dalloz, 1969, n°167, p. 268 : « C'est à propos des successions que le Code civil précise et développe le droit général des partages ; et c'est lui qui veut que les notaires en soient liquidateurs (art. 837). »

**29.** **ACTIF ET PASSIF. —** En matière de liquidation la question tient dans les liens du passif et de l'actif. Nous pensons qu'il n'est pas de bonne méthode de procéder en dissociant les deux plans. Il s'agit de les envisager, au contraire, de front. Et dans le dessein de ne pas occulter les points controversés, nous entendons l'un et l'autre plan de manière très large. Ainsi par actif nous visons un ensemble qui comprend autant ce que chaque indivisaire a en propre que cette partie de son actif qu'il a en commun et en indivision avec les autres. C'est la raison pour laquelle, tout au long de cette thèse, il sera constamment question du passif, celui de l'indivision, largement entendu, comme un vaste ensemble, sous l'angle duquel nous aborderons l'ensemble actif, celui des indivisaires, qui est susceptible d'y répondre.

**30.** **PLAN. —** Nous procéderons par approches successives. Notre démarche consiste à partir du cœur de la matière pour élargir progressivement la perspective jusqu'à en obtenir une vision d'ensemble. En guise d'initiation à la matière de la liquidation de l'indivision, nous commencerons par envisager plus particulièrement la question du sort des dettes du défunt et de *l'obligation personnelle des héritiers*. C'est le cœur de la discipline. Ce sera l'objet d'un premier titre.

Ensuite de quoi nous approfondirons l'aspect passif de la situation, tout en entrant, séquence après séquence, dans les détails de son aspect actif. Nous ferons entrer en ligne de compte le passif d'origine personnelle des héritiers. Et

nous distinguerons, au sein de leur actif, en fonction de son origine personnelle ou successorale. Nous préciserons d'abord les règles de la liquidation concernant leur *actif d'origine personnelle*. Cela fera la matière d'un chapitre.

Puis nous aborderons l'actif d'origine successorale. Au sein de celui-ci, nous procéderons à la sous-distinction entre les biens et les créances. Commençant par traiter des biens successoraux, nous ferons enfin une ultime distinction en fonction de leur caractère indivis ou non. Le sort des *biens d'origine successorale extérieurs à la masse indivise* fera donc l'objet d'un chapitre qui pourra se réunir tout naturellement à celui qui le précède (l'actif d'origine personnelle), pour former un deuxième titre consacré à *la liquidation des biens extérieurs à la masse indivise*. C'est donc relativement à cette portion de l'actif des indivisaires que nous aborderons les bases de la matière du passif, avec la première description de l'ordre dans le paiement des dettes en cause, dettes d'origine personnelle et dettes successorales. De la sorte nos deux premiers titres pourront se réunir dans une première partie consacrée aux *principes de la liquidation successorale*.

En deuxième partie nous entrerons dans les premières vraies difficultés, avec les biens successoraux indivis, au sujet desquels nous aborderons la théorie du partage, qui domine tout.

Remarquons que c'est à peu près ainsi que la matière est traditionnellement organisée, de telle sorte que sous le titre *Des manières de*

*succéder* (Lebrun) ou *De l'acceptation et de la répudiation des successions* (chapitres 1, 5 et 6 du titre 1er du livre 3 du Code civil[119]) l'on envisage d'abord des règles et des principes, la continuation de la personne (ou la succession à la personne), l'acceptation pure et simple, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire[120] et la jacence, la deshérence et la vacance[121], qui valent autant pour la liquidation en cas d'héritier unique que pour le cas de la pluralité de successeurs. Il s'agit donc d'un tronc commun. Les règles envisagées ensuite sous le titre *Des charges des successions* (Lebrun) ou *Du partage et des rapports* sont *pour la plupart*[122] spécialement destinées à l'indivision entre héritiers et à son partage[123].

Enfin nous réservons à une troisième partie et au stade le plus avancé de nos développements l'étude des *créances héréditaires*, qui nous fourniront la matière d'une sorte de récapitulatif de tout l'ensemble.

[119] Dans les ouvrages de Pothier, qui transcrivent l'ordre adopté dans les coutumes, la matière du chapitre 1 n'était pas scindée de celle des chapitre 5 et 6. R.-J. Pothier, Paris, 1861, t.7 et 8, chap. 3 De l'ouverture des successions (id. Section V du commentaire de la coutume d'Orléans) ; comment elles s'acceptent, s'acquièrent et se répudient, chap. 4 Du partage des successions (id. Section VI du commentaire de la coutume d'Orléans) ; et des rapports qui s'y font, Chapitre V Des dettes et des charges des successions. Ce n'a été le cas qu'avec le Code civil. Certains auteurs sont revenus à l'ordre ancien des matières (M. Planiol).

[120] M. Planiol, *Des bénéfices accordés aux héritiers (Droit romain). Du bénéfice d'inventaire (Droit français)*, thèse Paris, 1879.

[121] Ces cas, au témoignage de siècles de droit savant, sont peut-être, pour la théorie de la personne, des lieux (*topos*) classiques et des cas d'école par excellence. En effet, la plupart des sentences des jurisconsultes romains qui ont retenu l'attention de la romanistique à propos de la notion de personne (*persona*) et de représentation (*vicem sustinet, fungutur*) ont la jacence pour contexte. Ces fragments ont servi au moyen âge à bâtir la théorie de la personne morale, et c'est toujours sur eux que l'on s'appuie de nos jours. La connaissance précise de ce contexte présente ainsi un intérêt théorique majeur.

[122] La séparation des patrimoines figure dans ce second bloc alors qu'il concerne aussi bien l'héritier unique. Séparation des patrimoines, M. Picard, *Les biens*, t.3 du Planiol et Ripert, 1re éd., Paris : LGDJ, 1926 ; R. Gary, *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse Bordeaux, 1931.

[123] Plan des ouvrages de doctrine et du Code.

# 1ère partie

# Les principes de la liquidation successorale

L’idée essentielle que nous allons ici défendre est la suivante : les dettes du défunt deviennent, dès l’instant du décès et *en tout cas*, dettes des héritiers personnellement. Cette transmission successorale du passif constitue de notre point de vue la clé de voûte de la matière. Nous commencerons par aborder de manière générale l’idée d’*obligation personnelle des héritiers* (dans un premier titre), avant d’envisager ses implications relativement à *la liquidation des biens extérieurs à la masse indivise* (second titre).

# Titre 1
# L'obligation personnelle des héritiers

**31.** **La succession aux dettes. —** Les héritiers sont personnellement obligés pour les dettes du défunt en vertu de la succession aux dettes, avec laquelle nous touchons au cœur et au point le plus délicat du droit successoral. Car que l'on puisse hériter du passif du défunt ne laisse pas de surprendre les commentateurs. Ici nous distinguerons la disposition, c'est-à-dire *les règles* de la transmission du passif, de la querelle concernant son *fondement*.

# Chapitre 1
# Les règles du passif successoral

Nous distinguerons deux règles : celle de la transmission du passif à la personne des héritiers, dont nous traiterons d'abord ; et celle de la division du passif entre les héritiers, dont il sera question ensuite.

## Section 1
## La transmission des dettes du défunt à la personne des héritiers

Le procédé de transmission des dettes ne peut avoir lieu qu'en vertu de la succession universelle, mais il y a néanmoins des analogies, ou des occurrences, en matière de communauté et de société, dont nous ne nous ferons pas faute de tirer des enseignements.

### § 1
### *La transmission des dettes en droit des successions*

Nous parlerons ici de la succession aux dettes, effet de la succession universelle, et de son origine romaine.

### A) La succession aux dettes

**32.** ENONCE DE LA REGLE DE SUCCESSION AUX DETTES. — La dette du défunt est transmise à ses successeurs, et ceux-ci sont les seuls débiteurs en cause envers le créancier successoral. L'héritier devient débiteur en son nom propre, et *personnellement*[1]. Il ne s'agit pas de novation de l'obligation par changement de débiteur. *On est censé*, dit le Code civil, *avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* (article 1122). A l'ouverture de la succession, un créancier dont le titre serait exécutoire pourra *dès lors* réclamer à l'héritier le paiement de ce que devait le défunt. Un titre exécutoire contre le défunt l'est

[1] Les ayants cause à titre universel ne sont pas des tiers, L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil*, publié d'après le Cours élémentaire de droit civil d'Ambroise Colin et Henri Capitant, Précis Dalloz, 9ème éd., Paris : Dalloz, 1950, t.2, n°243, p. 116-117 (art. 1122 C. civ.) et n°251 p. 120 («à leur égard c'est donc la contre-lettre seule qui compte. »). L'on assimile parfois le créancier chirographaire à un ayant cause à titre universel de son débiteur (*ibid*, n°242, p. 118), rappr. la conception si curieuse que rapporte Cicéron, *Traité des lois*, Paris : Les belles lettres, 1968, livre 2, chap. 19, n°48-49 : faute d'héritier, le créancier succède à son débiteur (remarque : pour la fraction d'actif qui dépasse le montant de sa créance), et faute de créancier, c'est le débiteur du *de cujus* qui lui succède (remarque : ici, c'est entièrement) : *extrema illa persona est ut, siis qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit neminique eam soluerit, proinde habeatur quasi eam pecuniam ceperit* (nb : *quasi*).

pareillement contre l'héritier personnellement, sous réserve d'observer un délai de huit jours après la signification (du titre) à l'héritier[2].

**33.** **PRECISION TERMINOLOGIQUE. —** L'on parle de dette ou de passif successoraux. Le terme de créancier *successoral* désigne le créancier du défunt devenu celui des héritiers, par opposition au créancier *personnel* qui vise le créancier originaire du successeur. Mais cela n'empêche que le créancier successoral est créancier de l'héritier personnellement[3].

[2] Voici l'explication que le tribun Siméon donnait de cette disposition : « Les créanciers porteurs de titres exécutoires peuvent les faire valoir contre l'héritier personnellement, parce qu'il est l'image du défunt ; il suffira que préalablement les créanciers lui en aient donné connaissance » (A.-P. Fenet, Paris : Videcoq, 1836, t.12, p. 239). Comp. la poursuite de l'associé d'une SNC. C. civ., art. 877, réécrit par la loi du 23 juin 2006, art. 6. V. P. Durnerin, *La notion de passif successoral*, thèse Paris 2, 1990 (dir. G. Cornu), 1re partie. Le passif successoral à proprement parler concerne les obligations nées du vivant du *de cujus*, que ce soit pour cause contractuelle, quasi-contractuelle, délictuelle ou quasi-délictuelle. Il n'inclut pas les charges de la succession, que l'on définit comme des « dettes nées postérieurement au décès, mais qui trouvent leur cause dans celui-ci » (Y. Lequette, « le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil », *Melanges Alex Weill*, Dalloz Litec, 1983, p. 373). Ce sont des dettes qui peuvent être mises à la charge de la succession ou de l'héritier sans avoir été des dettes du *de cujus*. Cela regroupe des hypothèses très diverses. 1) Il faut mentionner le caractère très particulier des frais funéraires, qui sont traditionnellement honorés sur l'actif successoral (peut-être par analogie avec le cas de l'incapable qui tire subsistance de son propre patrimoine), et en priorité. Ils peuvent être dus par un parent (comme à titre alimentaire, rappr. la *créance* alimentaire du *de cujus*, et le cercle de ses débiteurs, v. *infra* sous n°718), même s'il refuse de succéder au *de cujus* (rappr. la distinction des *sacra* et des *iura*, Cicéron, *Traité des lois*, Paris : Les belles lettres, livre 2, chap. 21, n°52 ; Y. Thomas, *in* P. Legendre, *Le dossier occidental de la parenté*, Paris : Fayard, 1988, p. 87) et c'est très justement que l'art. 806 du C. civ, dans sa rédaction qui résulte de la loi du 23 juin 2006 précise que celui qui renonce à la succession d'un ascendant ou d'un descendant y soit tenu, « à proportion de ses moyens ». Il nous semble donc difficile de les considérer comme des dettes du défunt ; c'est par une étrangeté, à mettre au compte du flou qui s'introduit dans notre droit entre la vie et la mort, que la réforme de 2006 (C. civ. art. 785 al.3 1° dans l'art. 1 du projet 2005, C. civ art.784 al. 3 1° d'après l'art. 1 de la loi 2006), qui qualifie d'acte conservatoire leur paiement sur la succession, leur associe les « frais de dernière maladie » (contractés par le *de cujus*, sans aucun doute). 2) De même, il nous semble impossible de considérer que le *de cujus* soit débiteur de l'impôt dû à raison de la succession. Les droit de succession sont dus au fisc par l'héritier, car c'est lui qui retire un avantage du fait de succéder, et c'est à ce titre que l'impôt est dû ; mais comme l'impôt est dû à cause des biens successoraux le fisc ne manque pas de les poursuivre, tirant profit du régime en bien des cas favorable du créancier successoral. 3) Les frais de scellé, d'inventaire, de gestion et de liquidation de la succession seront remboursés sur les biens successoraux, et pourront être mis à la charge de l'héritier.

[3] C'est très différent que d'être tenu hypothécairement.

**B) Origine romaine de la succession aux dettes.**

**34.** LA SUCCESSION EN DROIT ROMAIN. — Une compréhension claire de notre propre système successoral exige, passage obligé en la matière, de porter un bref coup d'œil sur celui du droit romain, dont il est, paraît-il, issu en droite ligne[4]. Ce qui suppose de parler, au moins à grands traits, de la personnalité juridique et de la famille en droit romain[5].

Pour être personnellement débiteur, propriétaire et créancier, en droit romain, être vivant et libre n'est pas suffisant. Encore faut-il n'être sous la puissance de personne. C'est le cas de celui qui est sorti de sous la puissance d'autrui par l'émancipation, et de celui qui n'a plus d'ascendant agnatique vivant. N'étant sous puissance de personne il est chef de famille (*pater familias*) et englobe sous sa propre puissance toute sa descendance (enfants, petits-enfants,

[4] En ce domaine, il est toujours difficile d'éviter les discussions sur l'influence barbare ou l'imprégnation théologique. R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la. société d'études législatives*, vol. 9, dogme de la chute et du péché originel, pp. 308, 322-323 et la maxime *Deus solus heredes facit*, pp. 323-325, vol. 10, p. 63.

[5] Les lignes qui suivent sont un essai de compréhension personnelle du système romain, fruit d'études (initialement de J. Berriat Saint-Prix, *Précis du cours de législation*, Grenoble : Allier, an XI [1803], pp. 185-208, 6 tables analytiques, puis A. d'Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, Aix en Provence : Pu d'Aix-Marseille, 1990 et des *Institutes*, tant de Gaiüs que de Justinien), au rang desquelles il faut compter la fréquentation, durant les années 1994 à 2002, des séminaires de droit romain de Y. Thomas, à l'EHESS (au cours desquels nous lisions et expliquions des séries de sentences tirées principalement du Digeste), ainsi que la lecture scrupuleuse de ses nombreux écrits sur la question dont on trouvera une sélection en bibliographie. V. aussi Schmidlin, C.A. Cannata, *Droit romain*, 2ème éd., Köln, Wien, Bohlau, 1988, t.1, pp. 67-84 et t.2, pp. 193-205, 227-246 ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris: Arthur et Rousseau, 1929, 5ème éd. 1911, 8ème éd. revue par F. Senn, réimpr. 1978, 2 vol. ; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4ème éd., Paris: Domat-Montchrestien, 1944, rééd. anast., Aalen : Scientia Verlag, 1970 2 t.; E. Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, Paris: Rousseau, 1920 ; R. Saleilles, "Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke* (*Festschrift für O. Gierke*), Weimar, 1911, pp. 1015-1034 ; M. Planiol, *Des bénéfices accordés aux héritiers (Droit romain). Du bénéfice d'inventaire (Droit français)*, thèse Paris, 1879, pp. 5-6 ; J. Declareuil, *Rome et l'organisation du droit*, Paris: La renaissance du livre, 1924 ; F. de Coulanges, *La cité antique*, Paris: Hachette,1948; J. J. von Bachofen, *Le droit maternel. Recherche sur la gynécocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, Paris: L'Age d'homme, 1996.

etc.), sauf les émancipés, et son épouse, ainsi que les épouses de ses descendants, à condition que, mariée *cum manu*, elles soient entrées sous puissance[6]. Les membres de sa famille voient logiquement leur personnalité occultée par la sienne. Seul à même d'exercer pleinement sa capacité juridique, lui seul est propriétaire des biens de la famille, créancier et débiteur des obligations contractées par lui ou par les autres membres en son nom. A son décès, ses descendants directs (les *suus*) deviennent donc à leur tour *sui juris* et obtiennent d'être chefs de famille et d'avoir des biens, des créances et des dettes[7]. Or, c'est dans le temps même où ils peuvent épanouir leur propre personnalité juridique, parce que disparaît celui sous la puissance duquel leur propre puissance était en quelque sorte étouffée, que les fils de famille lui succèdent et héritent de ses biens et de ses obligations[8].

**35.** LA PERSONNALITE JURIDIQUE EN DROIT ROMAIN. — Cette simultanéité et cette coïncidence de l'accès à la capacité pleine et entière et de la transmission successorale a fait que les commentateurs du droit romain ont souvent mélangé les deux choses[9]. La succession est moins une transmission qu'un

[6] Mariage et filiation sont source d'aliénation de la personne envers autrui. Incapacité de jouissance et puissance, maritale et paternelle, sont les deux faces de la même institution. C'est pourquoi ces deux institutions occupent cette place en droit civil, encore aujourd'hui. Régimes matrimoniaux et régime des biens des enfants obéissent à des idées voisines et ont des incidences très importantes sur le droit des successions qui synthétise, en quelque sorte, tout le droit civil.
[7] Le décès d'une personne emporte émancipation de ceux des hommes libres (non des esclaves) qui étaient directement sous sa puissance. Le phénomène est parallèle de celui de l'adrogation. L'accès du *suus* à l'autonomie patrimoniale met fin à une période de fusion absorption.
[8] Les difficultés ne sont susceptibles de surgir que s'il n'y a pas d'héritier direct ou lorsque l'héritier est en gestation (c'est un cas de jacence).
[9] V. F. de Coulanges, *op. cit.* ; J. Declareuil, *op. cit.* ; R. Saleilles, *op. cit.*, pp. 1025-1026 ; Y. Thomas, « *la division des sexes en droit romain, histoire des femmes en Occident* », sous la dir. de G. Duby et M. Perrot, Paris : éd. Plon, 1991, t.1.

épanouissement. Dans la mesure où il était présent dans la famille du vivant du *de cujus*, le *sui* hérite pour ainsi dire naturellement des biens, des créances et des dettes de ce dernier. En outre, certains de ces biens ont pu former, du vivant du *pater*, le pécule du *filius*. Et puisque du vivant de son auteur toute dette contractée par le fils est une dette du père, il est normal qu'en lui succédant le fils les assume. Ainsi nous comprenons que Gaius ait pu écrire que le *sui* succédait au défunt comme un pupille qui accéderait à la majorité et à qui son tuteur céderait la pleine administration de son patrimoine[10]. La dette repose sur la tête du *sui* parce que déjà avant que ne s'ouvre la succession elle était un peu la sienne[11].

[10] Paul, 2 *ad Sabinum*, D. 28.2.11 (*magis liberam bonorum administrationem*). Cf. Gaius, *Inst.*, II, 157.

[11] Nous pourrions ainsi interpréter l'article 1122 du Code civil selon l'adage « qui s'oblige oblige le sien ». Le « sien » n'étant pas le bien, mais l'héritier. Sur les difficultés d'interprétation du terme *suus* en droit romain, cf. Y. Thomas, « Du sien au soi : *pro suo, suus heres*- Questions romaines dans la langue du droit », *L'écrit du temps* 1987-15, pp. 157-172. Ce sont les questions de dévolutions qui permettraient de distinguer les cas où les obligations sont transmises de ceux où elles ne doivent pas l'être. Les *suus* ont sans doute toujours hérité des dettes, et aujourd'hui nous n'oserions plus dire, comme R. Saleilles, *op. cit.*, p. 1020 et note 2, qui s'appuie sur Esmein et Gaudemet, qu'initialement l'obligation était intransmissible, que (plus étrangement encore) «les créances furent les premières à faire brèche à ce principe », et que les dettes ne suivirent « que vers le V[ème] siècle » (ce qui nous renvoie à des époques pour lesquelles il n'y a plus beaucoup d'autres sources que nos raisonnements actuels).

## § 2
## *Règles comparables de la transmission successorale des dettes dans les matières voisines du droit des successions : communautés et sociétés*[12]

**36.** COMPARAISON DE LA SUCCESSION ET DES INSTITUTIONS VOISINES. — Il y a, dans les règles qui gouvernent le passif successoral, quelque chose qui rappelle techniquement la société[13] et la communauté conjugale[14]. En effet, le conjoint et l'associé sont appelés à participer à une relation obligatoire par laquelle il ne sont pourtant pas directement concernés, puisqu'elle est née entre le tiers et le gérant[15]. Que le tiers créancier poursuive directement et personnellement l'époux

[12] Ces analogies seront constamment à l'arrière plan de nos développements. Il y a deux manières d'envisager la matière ; institution après institution ou au cas par cas ; nous avons choisi la seconde, mais en donnant le pas, nous nous en sommes expliqué en introduction, à la matière successorale. Elles ne seront parfaitement cernées qu'une fois bien comprise la question complexe du compte de partage, au terme extrême de nos développements.

[13] J. Gaudemet, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, thèse Strasbourg, Paris : Sirey, 1934, p. 5, note 1, cite P.-F. Girard (*Manuel élémentaire de droit romain*, 8ème éd., Paris : Arthur et Rousseau, 1929, p. 943) rattache au caractère d'associés l'obligation des *sui* aux dettes. M. Collinet propose d'expliquer par la même notion l'obligation *ultra vires* des héritiers (*Mélanges Glotz*, t.1, p. 525).

[14] A. Boistel compare le sort de l'épouse commune en biens, qui succède aux dettes contractées par l'époux pour la communauté, à celui de l'associé commanditaire ; A. Boistel, *Cours de philosophie du droit professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, 1899, n°350, p. 98. L'équipération est aussi chez M. Nast, *Régimes matrimoniaux*, 2ème partie, (t.9 du Planiol et Ripert), Paris : LGDJ, 1927, n°920, p. 322, au sujet du bénéfice d'émolument. Nous renvoyons une bonne fois pour toutes à l'article de R. Saleilles, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de dr. commercial*, t. 9, 1895, pp. 10 et s. et pp. 49 et s. et t. 11, 1897, pp. 29 et s., qui concerne également le contrat de transport maritime (la *societas maris*), et qui marque une étape importante dans l'intérêt de l'auteur pour la personnalité juridique, et les premières esquisses de *La personnalité juridique. Histoire et théorie*, Paris, 1910, son grand œuvre (t. 11, pp. 68-79, passage qui se termine par la discussion des idées de Savigny).

[15] La casuistique présente toujours la même configuration de trois personnes placées en triptyque : au centre : le contractant ; du côté de son actif : son associé ou son conjoint ; et du côté de son passif : le créancier social, en conflit avec le créancier personnel — dans la plupart des cas hypothécaire ou privilégié ; l'idée étant, pour le créancier social, dans une manière de court-circuit, d'atteindre directement l'actif de l'associé ou du conjoint. L'intervention de la notion de personne morale obéit à la même structure, la fiction consistant à ériger un associé artificiel, qui soit propriétaire du bien que l'on vend et débiteur du prix envers le contractant. Nous verrons que la matière de l'indivision répond à ce schéma problématique, le conflit ayant lieu entre un tiers (hypothécaire, souvent) et un premier indivisaire, créanciers d'un second indivisaire, pour la répartition du prix de vente d'un bien indivis.

ou l'associé du chef duquel est née la dette, et normalement pour le tout, c'est une chose. Mais, qu'il poursuive le conjoint ou l'associé qui n'a pas contracté avec lui, c'en est une autre. Or, l'associé non contractant supporte les dettes du gérant, conjointement en matière civile, solidairement en matière commerciale, directement en cas de révélation au tiers (à condition, toutefois, pour le créancier, d'avoir préalablement et vainement poursuivi le gérant[16]), et, dans le cas d'occultation, seulement après dissolution de la société[17]. De même l'armateur du navire de commerce hérite des dettes contractées par le capitaine[18], et, en droit romain, le *pater familias* "hérite" de celles contractées *de peculio* par son esclave ou son fils (voir aussi la dot).

**37.** LA SUCCESSION AUX DETTES AU MIROIR DE CES COMPARAISONS. — L'analogie avec le droit successoral vaut si l'on considére le *de cujus* comme le contractant principal du tiers, c'est-à-dire comme le gérant social ; sous réserve qu'en droit successoral le gérant est mort. Tout se passe comme si le *de cujus*, lorsqu'il contractait des dettes, contractait pour son successeur, mais sans que cela ne soit ni vu ni su de son vivant[19]. Il suffit que le *de cujus*, à son décès précisément, cesse de faire écran, pour que la situation soit révélée. L'héritier de l'actif

[16] Art. 1858 C. civ., L. 1978 : « Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale. »
[17] Une chose est l'action du tiers contre son contractant, autre chose son action contre l'associé de son contractant, qui est variable en fonction du contrat de société. L'associé participe, qualitativement, de deux manières : 1° sur l'action du tiers après reddition de compte entre associés, en fonction de la contribution à laquelle il est tenu (sociétés occultes ou secrètes) ; 2° immédiatement (sociétés révélées, ostensibles, apparentes, en cas de publicité ou de preuve).
[18] Fortune de terre et fortune de mer en matière maritime et commerciale, art. 58 et 62 § 1, loi 3 janvier 1967.
[19] Art. 1122 C. civ.

succède aux dettes du *de cujus* tout comme l'associé ou le conjoint supporte les dettes contractées par le gérant social.

**38.** **AUTRES COMPARAISONS. DISSOLUTION ET FUSION DE SOCIETES. —** Une analogie plus délicate mais plus exacte vise le cas où la société, personne morale, est dissoute, car alors les associés "héritent" du passif d'une personne disparue. Plus évocateur encore, il y a, entre deux sociétés, le procédé de fusion absorption, le *de cujus* correspondant à la société absorbée et l'héritier à la société absorbante[20].

**39.** **SPECIFICITE DU DROIT FRANÇAIS DES SUCCESSIONS. —** Il faut noter immédiatement une importante différence qui sépare tant le droit successoral que le droit des sociétés moderne du droit antique. C'est que, sous réserve du droit de jouissance légale des parents sur les biens de leurs enfants, ceux-ci sont pour ainsi dire émancipés dès la naissance. Lorsqu'il hérite, tout enfant a normalement[21] déjà la pleine personnalité juridique. Pour conserver un point de comparaison avec le droit romain il faudrait penser plus largement alors aux héritiers externes (les étrangers, les ascendants et collatéraux du défunt) qui, lorsqu'ils héritaient, avaient déjà la personnalité. Il faudrait voir le successeur moderne comme un hybride d'héritier interne et externe. Interne en ce qu'il a la

[20] Les formalités de l'article 1690 ne sont pas requise en cas de transmission universelle, pas plus en cas de fusion de deux sociétés qu'en cas de succession. V. *Code civil*, Dalloz, 2001, sous art. 1690, note n°9.
[21] Il faut réserver le cas de l'*infans conceptus*.

saisine[22]. Mais externe à de nombreux égards[23]. Somme toute, la comparaison qui tiendrait avec le droit romain, serait de préférence celle avec le cas de l’émancipé qui, par exception au système, était appelé à la succession par le prêteur. Le cas de l’adrogation fournit le précédent antique le plus direct de notre système successoral. Tous ces cas diffèrent de celui des *sui juris,* et se rapprochent tant du droit des sociétés que de notre droit successoral, en ceci qu’ils peuvent donner lieu à un épineux conflit des créanciers, dont nous parlerons dans un second temps[24], parce qu’il nous faut parler d’abord du principe de division des dettes.

## Section 2
## La division des dettes

La règle de la transmission successorale des dettes dont nous venons de parler a pour corollaire *le principe de division des dettes* (§1), qui pose des questions dont il s’agit de fixer les termes (§2 : *modalités de la division des dettes*).

[22] Cf. la citation de Furgole par R. Saleilles, « De la responsabilité de l’héritier quant aux dettes de la succession dans l’histoire du droit français », *Bulletin de la société d’études législatives*, 1910,vol. 10, p. 58.
[23] L’héritier vient avec ses propres biens, ses dettes et ses créances ; il peut renoncer, n’accepter que sous bénéfice d’inventaire. Cette nature incertaine explique de nombreuses obscurités, ainsi l’acceptation et la renonciation, qui ne sont pas les mêmes selon qu’elles sont envisagées pour l’héritier interne ou externe (v. R. Saleilles, *ibid.*, pp. 57-58).
[24] Notre titre second est consacré à cette question.

## §1
## *Principe de division des dettes*

**40.** ENONCE DU PRINCIPE. — En vertu d'un principe ferme et incontesté, chaque successeur hérite des dettes pour sa part, proportionnellement à sa vocation successorale[25]. Le terme d'indivision désigne avant tout les biens. Mais les dettes sont également concernées par le pluralisme des successeurs. Sauf que les obligations connaissent un sort très différent de celui des biens. Tandis que les biens entrent en indivision, les obligations du défunt se divisent, *ipso iure*. La division des dettes est le versant passif du principe de division des obligations[26]. Dès l'instant de l'ouverture de la succession les dettes successorales se divisent entre tous les héritiers. Telle est l'un des principes centraux de la matière de l'indivision, dans sa version orthodoxe.

**41.** FONDEMENT DU PRINCIPE. LA TRANSMISSION SUCCESSORALE. — La division des dettes est un corollaire du processus de transmission successorale. En vertu de la transmission des dettes à la personne même des successeurs[27], le créancier, au lieu de son seul et unique débiteur d'origine (le *de cujus*), en aura plusieurs, autant qu'il y a d'héritiers. Le principe de division des dettes est inhérent au fait

[25] Cf. P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°268, sur l'autre règle possible, de division par tête.
[26] Il n'est pas exact de parler de division des dettes ou des créances comme de deux mécanismes distincts. La division d'une obligation a toujours deux facettes. Il se trouve simplement que parfois elle concerne les héritiers comme débiteurs, et parfois comme créanciers. Lorsqu'il nous arrive de parler de division des dettes, nous pensons au premier cas.
[27] Cf. R. Saleilles remarque que l'art. 1220 « est (…) le seul texte du Code civil qui fasse expressément allusion au principe de la continuation de la personne : *op. cit.*, p. 92.

que plusieurs personnes deviennent débitrices en succession d'une seule[28]. Il reste à envisager la portée technique de ce principe de division.

## § 2
## *Modalités de la division des dettes*

**42.** POSITION DE LA QUESTION. — Les dettes du défunt se répartissent ainsi de plein droit et ne sont pas concernées par le partage des biens et les comptes qui accompagnent ce dernier. Mais la question est de savoir si, néanmoins, face aux poursuites du créancier, l'indivisaire doit payer l'entièreté de la dette. Or il n'en est rien.

Nous n'examinerons pas les cas de l'obligation indivisible et de l'obligation hypothécaire, pour lesquelles personne ne conteste l'application normale du droit commun des obligations.

**43.** HYPOTHESE DE LA DISTINCTION DES POURSUITES ET DE LA CONTRIBUTION. — Lorsque la solidarité aurait lieu, l'on distinguerait les poursuites et la contribution. Les héritiers seraient tenus de répondre solidairement aux poursuites du créancier successoral, à charge bien sûr pour le *solvens* d'exercer un recours contre les autres[29]. La division des dettes ne jouerait alors pas vis-à-vis du créancier, mais uniquement entre héritiers. L'on distingue parfois à ce propos, dans l'obligation, d'une part la dette (le *debitum*, *schuld*, le droit substantiel), qui serait divise (car relativement au debitum, le principe de

[28] L'associé participe, de même, aux dettes sociales contractées, selon une quotité.
[29] Cf. régime de la communauté et droit des sociétés ; problème des deux façons de compter.

division n'est pas sérieusement remis en cause), et d'autre part l'engagement (la garantie, l'*obligatio* au sens strict, *haftung*, le pouvoir de contrainte du créancier, la garantie, le gage ou le caractère juridique et la sanction de l'obligation), qui serait indivis[30]. Parfois l'on présente les choses ainsi, pour aborder l'étude de l'actif susceptible de répondre au passif successoral, et, dès lors qu'il ne s'agirait que de l'*obligatio*, instaurer la distinction des poursuites et de la contribution[31]. De la contribution, de la répartition du poids de la dette entre héritiers, l'on distinguerait les poursuites, la surface active à disposition du créancier, d'où un règlement des comptes – au moment du partage – entre héritiers.

**44.** **REJET DE CETTE HYPOTHESE : L'HERITIER EST POURSUIVI PERSONNELLEMENT POUR SA PART. —** Le principe de la division des obligations est inscrit au Code civil sous l'article 1220 qui énonce, en substance, qu'en ce qui concerne les obligations susceptibles de division, les héritiers du débiteur ne sont tenus de payer la dette que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le débiteur[32]. En théorie il y a bel et bien division des poursuites. Le créancier du défunt doit donc poursuivre chaque héritier, sans pouvoir demander à chacun plus que sa part.

[30] Dès qu'il est question d'analyser avec un tant soit peu de précision la notion juridique d'obligation la fameuse distinction de *schuld* et *haftung* ressurgit.

[31] C'est ainsi, nous le verrons, que l'on va mettre en question la règle de division des dettes, sans prétendre porter atteinte ni aux principes de la personnalité morale, ni à la règle d'unité du patrimoine.

[32] Art. 1220 C. civ. : « L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, (…) qui ne sont tenus de (…) payer (la dette) que pour les parts (…) dont ils sont tenus comme représentant (…) le débiteur ». V. *C.* 2.3.26, Constitution de Dioclétien (fin III[ème] siècle ap. N.S.J.C.) : *Ex lege XII Tabularum* (en vertu de la loi des XII Tables) *aes alienum* (les dettes) *hereditarium* (héréditaires) *pro portionibus quaesitis singulis* (en proportion de chaque part acquise) *ipso iure divisum* (se divisent de plein droit) ». Soit la formule suivante : les dettes du défunt se divisent de plein droit dans la proportion de la vocation de chaque héritier.

Chaque héritier n'est engagé que pour sa part[33]. Le créancier successoral envisage alors séparément le patrimoine de chaque héritier comme le gage affecté au paiement de chaque partie de sa créance. Les dettes successorales, en somme, ne sont pas concernées pas l'indivision. La règle classique est que les successeurs sont tenus conjointement, s'il faut parler ainsi, des dettes contractées par le *de cujus*. L'on écarte en principe l'idée de solidarité entre héritiers. Une forme de solidarité et par là-même une certaine société existe entre le *de cujus* et son héritier. Mais cette solidarité ne doit pas avoir lieu entre héritiers. Chacun est

[33] J. de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, Paris : Garnery et Laporte, Vve Nyon, An XIV (1805), t.2, p. 294 : « J'avais contracté avec une seule personne (…). Comment se fait-il que, sans aucun fait, aucune faute de ma part, et uniquement parce que mon débiteur sera mort, ma condition soit empirée, et qu'au lieu d'un seul débiteur, d'une seule demande à former, je m'en trouve quelquefois trente à poursuivre chacun pour sa part ? » Cité par A. Tissier, note sous affaire Rolland c/ Consorts Deschamps, Civ., 10 juill. 1893, S.94.1.177; note P. de Loynes, D.P. 1894.1.5 (très superficiel) ; GA n°234 ; H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 28. *Cas*. Deschamps s'est porté caution des dettes de son fils Léopold envers les banquiers Rolland et Cie (deux engagements de 50 000 fr. chacun). Léopold Deschamps, le débiteur principal, est en faillite ; au décès de son père, il figure parmi les quatre héritiers. Les Rolland, créanciers successoraux, demandent la séparation des patrimoines. S'ouvre l'instance en partage. Léopold est tenu au rapport en valeur d'une libéralité. En vertu du projet de liquidation établi par le notaire, Rolland demeurerait impayé, du fait de l'insolvabilité de Léopold, du quart de sa créance. *Procédure*. Rolland intervient donc et conteste le travail du notaire. Un jugement du tribunal de Morlaix, le 9 fev. 1889, accueille la contestation. Les consorts Deschamps font appel et, la Cour d'appel de Rennes, le 29 nov. 1889, infirme le jugement et homologue au contraire le projet de liquidation. Rolland se pourvoit en cassation. Rejet de Civ, 18 juillet 1893. *Question*. Notons, dans l'immédiat, qu'en ce qui concerne la créance de Rolland, c'était par application du principe de division des dettes si chacun des quatre héritiers n'était tenu de la dette de Deschamps père à cause du cautionnement qu'au prorata de sa part. Le notaire proposait donc que la créance de Rolland fût supportée divisément par les quatre enfants Deschamps. Rolland était contraint de demander à chacun des quatre successeurs de la caution de payer sa part de la dette. Quant à l'action *successorale* de Rolland, créancier, contre Léopold, débiteur principal, mais poursuivi, grâce à la séparation des patrimoines, en tant que caution de lui-même, v. note sous n°733. Si Rolland demeurait impayé, en fait, du quart de sa créance, c'était en conséquence du rapport en valeur, tout actif indivis en nature échappant à Léopold à cause du rapport d'une libéralité dont il avait été gratifié (le cas est classique, v. note sous n°619). Le problème, nous y reviendrons, tenait essentiellement à la nature des relations entre héritiers lors du partage, à l'occasion précisément de l'opération du rapport en valeur, v. la note sous n°533. V. aussi, pour la thèse défendue par Rolland, concernant sa position en général, relativement à la séparation des patrimoines, la note sous n°205, puis concernant sa théorie du rapport (classique mais personnaliste), les notes sous n°596 et 812, pour la thèse opposée (germaniste) défendue par la Cour de cassation, la note sous n°589 et pour la solution à notre avis la plus conforme aux principes, les notes sous n°547 et 603.

personnellement débiteur et engagé de son côté. Pour prendre une comparaison issue du droit des sociétés, la responsabilité des héritiers est conjointe.

**45.** **Comparaison avec les institutions voisines.** — Les règles sont les mêmes en droit commun des sociétés. L'associé que l'on poursuit pour la dette contractée par le gérant n'est tenu que conjointement, c'est-à-dire pour sa part dans la société[34]. La solidarité, exceptionnelle, n'a lieu qu'en droit commercial. La solidarité n'a point lieu entre commanditaires. Elle n'a pas lieu non plus entre armateurs copropriétaires du navire. Enfin, le *pater* assume les dettes *de peculio* pour sa part, dans le cas de l'esclave commun. L'associé n'étant tenu de payer qu'à hauteur de sa part, s'il va au-delà il le fait volontairement, et s'il bénéficie d'une action récursoire, celle-ci relève du droit commun, et il ne peut pas bénéficier d'une entrée en compte. Les dettes se divisent de même dans le régime de communauté. Dans le régime de communauté, la responsabilité pour les dettes communes qui sont recouvrées postérieurement à la dissolution du régime est conjointe. Le conjoint contractant est tenu pour le tout, mais c'est qu'il est contractant. Lorsqu'il est poursuivi et paie la totalité il bénéficie d'un recours contre son conjoint, à proportion de la part prise par ce dernier dans la communauté (parce que le conjoint n'est tenu que pour sa part) ; soit

[34] Lorsqu'il n'y a qu'un seul associé celui-ci partage néanmoins avec le gérant lorsque ce dernier est considéré comme associé, cf. le capitaine qui est aussi armateur (Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Manuel de droit commercial*, 10ème éd., Paris : F. Pichon et Durand Auzias, 1910, n°880, p. 657).

normalement la moitié. Lorsqu'au contraire le tiers poursuit le conjoint non-contractant, il ne le peut qu'au prorata de la part prise par ce dernier dans la communauté[35]. Bien entendu, le *solvens* est libre de payer au-delà, mais là encore ce n'est que le droit commun.

**46.** ATTEINTES PORTEES AU PRINCIPE EN DROIT POSITIF. — Si en droit positif il y a échec au principe de division, cela est dû pour une part à des causes indépendantes, pour une autre à des causes dépendantes de l'indivision des biens. Sur cette question de la division des dettes il faudra distinguer le droit positif et les principes juridiques.

[35] A. Colomer, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 10ème éd., Paris : Litec, 2004, n°1047, pp. 491-492 : « Conséquences de l'absence de personnalité de la communauté. – La communauté n'étant pas une personne morale, toute dette commune est nécessairement dans le même temps la dette d'un époux au moins (j'en dirais autant des biens). C'est dire que le créancier commun qui n'aurait pas été payé avant le partage conserve son droit de poursuite, et pour le tout, contre l'époux qui est son débiteur personnel (A). Mais, l'autre époux ayant reçu la moitié de l'actif commun, il est juste qu'il puisse être poursuivi dans la même mesure (B). » V. CA Toulouse, 4 oct. 2000, D. 2001.353 (après dissolution de la communauté l'épouse n'est tenue de payer que la moitié des dettes contractées pendant le mariage).

# Chapitre 2
# Les fondements du passif successoral

**47.** **POSITION DE LA QUESTION. —** Rien ne tombe en déliquescence par le seul fait du décès de la personne, mais tout subsiste, au contraire, par-delà cette mort, de sorte qu'aux yeux des intéressés les choses se passent comme s'il y avait toujours un propriétaire, un créancier ou un débiteur. Par quel miracle le Droit parvient-il à un tel résultat? C'est la question des fondements du droit successoral.

Il existe une conception classique ou traditionnelle du processus successoral. Celle-ci a fait l'objet d'une forte opposition théorique. Il y a donc une querelle. Nous commencerons par rappeller de quelle manière celle-ci est présentée par le courant germaniste, avant d'envisager l'analyse plus orthodoxe à laquelle elle peut selon nous donner lieu.

## Section 1
## Le point de vue des Germanistes

**48.** **ARTIFICE DE L'OPPOSITION DE LA SUCCESSION AUX BIENS ET DE LA SUCCESSION A LA PERSONNE. —** L'on oppose habituellement le système de la continuation de la

personne et celui de la succession aux biens[1]. Le premier serait représentatif de la conception classique ou traditionnelle[2], l’autre de la conception germaniste. Cette présentation des deux partis en cause dans la querelle est en réalité largement déterminée par les conceptions germanistes. Continuation de la personne et succession aux biens participent en réalité de la même inspiration. La doctrine dont nous abordons ici l’exposé et la critique perçoit le processus de transmission des dettes d’une manière erronée, parce qu’elle remet fondamentalement en cause la notion traditionnelle de personne, et parce qu’en particulier elle a de l’obligation une idée fausse. La notion renouvelée de succession présente ainsi deux visages. D’un côté celui d’une personne “purement juridique”, c’est principalement la continuation de la personne, de l’autre celui d’un patrimoine d’affectation, c’est la succession aux biens.

### § 1
### *Le pseudo parti classique de la représentation, de la survie et de la continuation de la personne du défunt*

Avec l’idée de continuation de la personne ce n’est pas exactement le défunt que l’héritier représente, mais plutôt la personne civile de ce dernier[3]. C’est pourquoi nous voyons dans cette conception une manifestation de l’idée de

[1] Une querelle classique opposa, au XIXe s., Aubry et Rau à C. Demolombe. Demolombe aurait été le défenseur de l’idée familiale de continuation de la personne, et Aubry et Rau ceux du patrimoine ; et l’arrêt Toussaint de Gérard que nous verrons (v. note *infra* sous n° 117) aurait consacré la seconde conception.
[2] R. Saleilles, «Le principe de la continuation de la personne du défunt par l’héritier en droit romain », *Mélanges Gierke (Festschrift für O. Gierke),* Weimar, 1911, p. 1015.
[3] M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1904, t.1, n°3014, pp. 980-981, dit que Arnold Heisse est l’initiateur des discussions sur la notion de personne, dont il fixe le point de départ à «il y a une trentaine d’année ». S’il écrit en 1904, cela situe la chose en 1874.

personne morale. Ensuite de l'exposé de cette conception nous en ferons la critique.

### A) La représentation, la survie et la continuation de la personne.

**49.** **LA REPRESENTATION, LA SURVIE FICTIVE ET LA CONTINUATION DE LA PERSONNE DU DEFUNT. —** L'on dit de l'héritier débiteur à la place du défunt qu'il représente le défunt face aux créanciers[4]. Les ayants cause seraient les représentants de leur auteur. C'est une application de la représentation qui n'a que peu à voir avec la représentation des incapables. L'on ne représente pas le mort comme un pupille;

[4] Cf. R. Saleilles, «De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la. société d'études législatives*, vol. 9, p. 311 (distinction de la représentation et de la continuation de la personne) et vol. 10 (1910), p. 65 : Brodeau, art. 168 Coutume de Paris, au sujet de la maxime «le mort saisit le vif », que, par cette maxime, «toutes actions et obligations actives et passives passent en la personne de l'héritier, lequel représente le défunt, succède en ses droits et est censé et réputé une même personne » (Brodeau, t. II, p. 401). Cf. le mot du tribun Siméon, dans P.-A. Fenet, Paris : Videcoq, 1836, t.12, p. 239. Dans «Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke*, Weimar, 1911, R. Saleilles, parlait même d'une « identification de personnalité entre l'héritier et son auteur » en droit romain, ce qui est complètement invraisemblable, mais qui lui permet de parler ensuite de ce point comme « d'un de ces concepts juridiques qui sont la caractéristique même du droit romain, etc. » (p. 1016-1017) ; il revient ensuite sur sa pensée: ce qui est identique chez le défunt et chez l'héritier, c'est la *potestas* (pp. 1026, 1028), néanmoins, il se rétracte, car (l'idée est capitale) le « *jus ac potestas*, était un attribut individuel de la personne » (p. 1031). Je ne voudrais pas que l'on crût que je néglige la pensée de R. Saleilles ; je suis très sensible, au contraire, et précisément très attentif, au mode laborieux, sinueux, investigateur de sa *recherche* — car je crois que c'est de cela qu'il s'agit : d'un esprit qui cherche à comprendre, et qui nous offre de le suivre dans ses errements audacieux.

et le tuteur n'hérite pas de son pupille. Et puis c'est expliquer un mystère (la succession) par un autre (la représentation)[5].

L'on parle en doctrine d'une survie du défunt, ou de sa personne[6]. Survie "juridique" et "fictive", s'empresse-t-on aussitôt de préciser, tant aucune des nombreuses façons dont un homme peut survivre au sens vulgaire ne correspond à celle que l'on entend alors. Le décès du *de cujus* est absolument hors de cause[7]. L'on veut seulement expliquer le régime juridique de l'actif et des dettes par

[5] H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, [5ème éd. 1929 ?], p. 335 : « Comment expliquer qu'un contrat passé entre A, le représentant, et B, crée un lien de droit, non pas entre ces deux personnes, mais entre B et C, le représenté ? N'y-a-t'il pas là, comme on l'a dit, une *monstruosité logique* ? ». R. Savatier, *La théorie de l'obligation en droit privé économique*, coll. Précis Dalloz, 4ème éd., Paris : Dalloz, 1979, n°111-112, pp. 154-155 ; E. Gaillard, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 1987-6 *La représentation* : « Comment justifier qu'une personne apparaisse sur la scène juridique, passe un acte dont il définit lui-même les termes (….) et que ce soit une autre personne qui se trouve liée par les effets de cet acte, exactement comme si elle avait contracté ? »; Th. Hobbes, *Léviathan*, coll. Philosophie politique, Paris : Sirey, 1914, chap. 16 ; Cf. Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, A. Salmon éd., Paris : Picard, 1970, Chap. 4, n°140, 141, 143-147 [147, tome 1, p. 78 :« il (procureeur) representoit la persone de celui (mestre) par la procuracion »], 149-153, 173, ; Chap. 67, n° 1920, t.2, p. 469 : « homme qui selon son estat puist representer sa persone ».
[6] R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris et Orléans, 1768, t.1, n°125, p. 144 : « … personne censée survivre à elle-même dans la personne de ses héritiers. » — à J. Carbonnier, *Droit civil*, théorie du patrimoine, coll. Thémis-droit privé, Paris : Puf, 1964, t.2, n°3, p. 6 : « les héritiers (…) paraissant faire revivre la personnalité du défunt ».
[7] Preuve en est que lorsque l'on veut ouvrir la succession d'une personne vivante comme celle d'un mort (disparition, absence déclarée, jadis mort civile du condamné ou du religieux), c'est au prix de feindre, de présumer ou de supposer qu'elle est décédée. Or, et c'est justement par là que le comble est atteint, cela n'empêche qu'il reste encore nécessaire d'avoir à parler de sa survie fictive pour les besoins de la succession.

l'idée que le défunt, dans une manière d'extase, se dédouble[8]. Son corps naturel meurt, et ce serait son corps juridique, propriétaire, créancier et débiteur, qui se désincarnerait de lui pour lui survivre[9].

L'on invoque aussi traditionnellement en droit français, pour expliquer la succession aux dettes, le principe de la continuation de la personne du *de cujus*

[8] Nous sommes ici dans la mystique du droit successoral (cf. J. Peritch, « Le mysticisme dans le droit des successions », *Revue générale du droit* 1925-49, pp. 40-44 et 105-111). V. la définition de l'*extase* par L. Massignon (dans une « discussion sur le péché », dans le t.9 des Œuvres de Georges Bataille, Gallimard), dont on rapprochera la formule gnostique *j'ai connu mon âme et le corps qui pèse sur elle, et qu'ils sont ennemis depuis les commencements du monde* (citée par P. Brown). Il faut penser ici à ces sculptures funéraires, ces tombeaux à double gisants, d'évêques, principalement, qui représentent, sur deux niveaux, le cadavre à peine recouvert d'un linceul et, au-dessus, le même corps revêtu de tous les insignes de la fonction ; v. le tombeau de J. Fitzalan, dix-septième comte d'Arundel (vers 1435), dans E. Kantorowicz, *Les deux corps du ro, essais ur la théologie politique du Moyen-Age*, coll. Bibliothèque des histoires, Paris : Gallimard, 1989, illustration n°28 ; le tombeau de l'archevêque H. Chichel, cathédrale de Canterbury (1424), *id.*, n°30 ; tombeau de l'évêque T. Beckington, cathédrale de Wells (vers 1451), *id.*, n°31 ; tombeau de l'évêque R. Flemming († 1431), cathédrale de Lincoln, dans E. Panofsky, *La sculpture funéraire. De l'ancienne Egypte au Bernin*, coll. Idées et Recherches, Paris : Flammarion, 1995, illustration n°223 ; v. aussi en l'Abbaye de Brou le tombeau de Ph. le beau de Savoie et Marguerite d'Autriche [je tiens cette information de L. Granier].

[9] Le Droit connaît d'autres cas de survie ou de vie fictive. Ainsi la femme qui s'est fait avorter contre la volonté de son mari sera pénalisée du sixième de la dot comme si elle avait eu un enfant : P.-F. Girard et F. Senn, *textes de droit romain,* Fragments du Sinaï, 7ème éd. par un groupe de romanistes, Paris : Dalloz, 1967, pp. 599-600, n°12. Ou l'enfant mort pour la patrie : jusqu'à la loi 64-1230 du 14 déc. 1964, l'art. 436 du Code civil comptait, au nombre des cinq enfants susceptibles de dispenser leur père de la tutelle, ceux qui étaient « morts en activité de service dans les armées du Roi [de l'Empereur] ». Cette disposition venait du droit romain, Inst. Just., 1.25.pr (J. Berriat Saint-Prix, *Observations sur les traductions des Loix Romaines*, Grenoble , 1807, note 4, p.8 ; E. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie et autres textes*, présentation de P. Legendre, coll. Pratiques théoriques, Paris : Puf, 1984, p.203 et note 9 p.482 pour les références à la Glose (E.K. cite G. Post).

par son successeur[10]. Concentrons-nous donc sur la compréhension de ce principe. C'est une idée qui doit être parfaitement cernée, à cause de l'influence qu'elle peut exercer sur la conception de l'indivision[11].

**50.** **METAPHORE. —** L'héritier remplacerait le mort exactement comme sur la scène d'un théâtre le suppléant d'un acteur défaillant. Les acteurs se relaieraient dans le même rôle[12]. Si le personnage est le débiteur, rien que de normal à ce que

[10] L'on sait l'origine et la destinée de cette idée en droit savant. Il est incontestable que d'anciennes formules romaines devaient associer les termes d'hérédité (*hereditas*) et de personne (*personna*). Mais c'était dans le contexte particulier d'une absence d'héritier légitime, ouvrant une phase de jacence. Quoi qu'il en soit, sorties de leur contexte qui leur donne une place dans une séquence, de questions et de réponses intelligemment disposées, les phrases en latin n'enseignent rien. Ce n'est que l'étude scolaire qui pourra en percer le sens. Voici quelques unes des références qui circulent, qui contiennent des passages où les termes en cause sont articulés, en leur associant les mots *defunctu*, *vice*, *sustinet* : Dig. : 2.14[De pactis].(J. de her. inst.).2 (cf. Pierre de Belleperche) ; 13.5.11[Ulpien].pr. ; 37.4.1[Ulpien, qui cite Labéon] (rapporté par Gazin, idée d'hérédité propriétaire) ; 41.1.33[Ulpien, qui cite Julien].2 (« Hereditas enim personam defuncti repraesentat », dit la Glose accursienne) ; 41.1.34[Ulpien] ; 41.3[*De usurp.*]15[Paul, Marcellus, ou Ulpien ?].pr. (Gazin dit : elle tient lieu de personne) ; 41.3.22[Javolenus (ou Florentinus ?)] ; 43.24.13[Ulpien].3 et 5. (cité par Gazin, qui dit qu'Ulpien soutient parfois la thèse de l'hérédité sujet de droit) ; 46.1.22[Florentinus, *libro octavo, institutionum*] (Bartole, *commentaria in Dig. Nov,* sur D. 48.19.16.10 ; J. de Révigny, *Commentaria in Dig. 3.4.7.2* ; F. C. von Savigny, *Traité du droit romain*, Paris : Didot, 1841, t.2, p. 359 (assimilation hereditas jacens et corporations) ; E. Kantorowicz, *op. cit.,* notes 73-74, p. 221 ; J. Carbonnier, *Droit civil,* coll. Thémis- droit privé, Paris : Puf, 1990, t.1, p. 391, cite le fragment à propos du patrimoine ; Y. Thomas dans « L'institution civile de la cité », *Le débat,* n° 74 (mars-avril 1993) pp. 22-44, renvoie à Paul 41.3.15.pr. ; F. Maitland, Introduction à O. Gierke, *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris : L. Tenin, 1914, note 2, p. 20) ; 46.2[De novationibus et delegationibus].24[Pomponius] ; 50.17.62[Julianus] (cité par Peritch comme continuation de la personne du défunt par l'héritier). *Inst. Just.*, 3.17.pr.

[11] En vertu d'un effet logique et politique, v. *Conclusion*, n°876.

[12] Par moment très bref, nous n'aurions plus guère sur scène que le "masque immobile" de la personne civile. L'expression est de M. Hauriou qui par là voulait désigner la personne juridique en général ; M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1904, t.1, n°362-363, p. 143, où l'idée du masque est liée à celle de la distinction de deux types de personnes ; R. Saleilles, « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke*, Weimar, 1911, p. 1018 : « Et cette conception [nécessaire à la transmission des dettes], les Romains l'ont trouvée dans l'idée de personne. C'est que cette expression avait pris depuis longtemps un sens juridique. Elle visait l'individu, mais envisagé sous un certain angle, en tant que sujet de droit, considéré par conséquent sous le rapport de ses droits et de ses obligations. Et cette conception de la *persona,* c'est-à-dire du rôle juridique, par cela seul qu'elle représente une abstraction, on peut très bien admettre, sans qu'il y ait à cela de fiction proprement dite, qu'on l'attribue à un autre individu, tout en lui conservant son identité. Il s'agit d'un rôle. C'est le rôle que l'on jouait sur la scène du droit. ce rôle peut passer ou être attribué à un autre, identique à ce qu'il était chez le précédent. » Vision malheureuse chez un auteur au crédit duquel il faut néanmoins inscrire une vision juste du droit romain, p. 1027. V. aussi, du même auteur, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la. société d'études législatives*, 1910, vol. 10, pp. 62, 63, 76-78.

les dettes du défunt se transmettent à son successeur. La personne civile débitrice demeure la même. Le corps naturel du débiteur a changé (il est indéniable qu'à la place du défunt il y a son héritier) mais le corps civil débiteur, lui, est demeuré le même. Et dans le cadre d'un tel système, la succession apparaît comme une entité, une personne incarnée successivement d'auteur en ayant cause, qui se diffuse en cas de pluralité de successeurs. Le corps civil du défunt se détache de lui pour investir aussitôt (on sait que le mort saisit le vif) le corps naturel de l'héritier. Beaucoup se sont émerveillés d'un tel phénomène. Josserand parlait d'une transfusion[13]. Et l'héritier qui a remplacé le défunt dans la fonction de représentant de la personne civile, cédera à son tour la place à son successeur.

**51.** **L'ENCHAINEMENT DES GENERATIONS. —** C'est ainsi que, générations après générations, les personnes naturelles se succèdent les unes aux autres et qu'au travers de ces permutations la personne civile se perpétue identique à elle-même. L'on suppose encore que la famille est une entité transcendante dont les

[13] L. Josserand, 3ème éd., Paris : Sirey, 1940, t.3, p. 559 : « il s'opère, lors du décès, comme une transfusion de la personnalité… » ; cf. J. Carbonnier, *op. cit*., théorie du patrimoine, Paris : Puf, 1964, t.2, n°3, p. 6, parle de *transfusion du patrimoine* ; F. Zénati, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *Rtd civ* 2003, p. 669, emploie le terme de *transubstantiation*.

membres représentatifs se succèdent d’âge en âge tandis qu’elle reste la même[14]. En vertu d’un tel principe, l’on conçoit que de succession en succession la dette subsiste. A la limite, aussi étrange que cela puisse paraître (et aussi étranger à notre droit que cela soit), une dette pourrait subsister, succession après succession, jusqu’au paiement[15], et même, pourquoi pas ? d’âge en âge perdurer à jamais. La continuation de la personne, c’est, disait Josserand, une adaptation juridique de la fameuse image de Lucrèce qui représente les hommes se transmettant, de génération en génération, dans une course ininterrompue, le flambeau de la vie[16].

*Et quasi cursores*

[14] R. Saleilles, « De la responsabilité de l’héritier quant aux dettes de la succession dans l’histoire du droit français », *Bulletin de la société d’études législatives*, 1910, vol. 10, p. 76 : « s’il est un fait absolument incontesté sous l’ancien régime, c’est celui de la perpétuité de la maison ou de la famille prise au sens restreint du mot. Tout foyer est un peu, à cette époque, pour prendre une comparaison très moderne, ce que serait aujourd’hui une raison sociale, une firme, pour une maison de commerce, un être de raison qui se perpétue et qui reste le même, en dépit des successeurs très divers qui en prennent, l’un après l’autre, la direction. Les chefs d’une maison de commerce changent et se succèdent. Le nom de la maison, l’enseigne, la raison sociale, ne changent pas. » Cf. le propos d’ouverture de la thèse de M. Planiol, *Des bénéfices accordés aux héritiers (Droit romain). Du bénéfice d’inventaire (Droit français)*, thèse Paris, 1879, pp. 5-6. Saleilles pense que « cette succession à l’universalité n’avait plus besoin de s’étayer à une idée de survivance de personnalité. » Car, « continuer la personne du défunt, c’était reprendre le rôle qu’il avait eu comme chef d’une entité sociale permanente et immuable, dans la perpétuité du nom, et quelles que fussent les individualités successives que le nom pût couvrir. » (p. 76-77) Et (toujours p. 77) il se résume en parlant d’une sorte de *persona* comme d’une réalité sociale, indépendante des individus qui la constituent et qui a son honneur, ses droits et ses obligations. Réalité perpétuelle « par dessus la série mouvante de ses représentants successifs ». Saleilles exprimait déjà cette idée dans son étude sur le droit romain, cf. *supra*.

[15] Cf. F. Zénati, *op. cit.*, pp. 667-677.

[16] II, v. 78 . L. Josserand, 3ème éd., Paris : Sirey, 1940, t.3, p. 559 (je remercie I. Zribi à qui je dois cette citation). Cité aussi par R. Saleilles, « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l’héritier en droit romain », p. 1017 ; Cf. J. von Bachofen, *Le droit maternel. Recherche sur la gynécocratie de l’Antiquité dans sa nature religieuse et juridique* , trad. fr. E.. Barilier, Paris : L’Age d’homme, 1996, § 80 (Egypte): « Les générations qui se succèdent apparaissent comme les porteuses de la même flamme, en qui le premier moteur trouve une longue série de successeurs. A Epiméthée, marqué au sceau d’une origine mortelle, ne s’appliquent ni cette activité donatrice de formes ni cette course aux flambeaux, qui relève exclusivement du principe prométhéen-spirituel. Le contraste entre les deux figures se manifeste encore dans le lien d’Epiméthée avec toutes les douleurs et les maladies qui ne cessent de mettre sous les yeux de l’homme la terreur de la mort, et qui lui donnent pour compagnon le déclin plutôt que l’espérance » (p. 535, cf. § 117).

*vitai lampada tradunt*

**52.** **COMPARAISON DE LA CORPORATION PAR SUCCESSION AVEC LA SUBROGATION REELLE. —** Chaque personne naturelle formant un chaînon, il semble que ce soit comme une chaîne, qui, successeur après successeur, se forgerait pour se déployer, non dans l'espace, mais dans le temps. Dans une perspective diachronique cela donne la vision d'une chaîne lancée dans l'abîme des temps révolus, et qui relierait à travers les âges tous les membres d'une même famille, depuis le tout premier maillon, celui qui à l'origine a incarné la personne civile dont il s'agit, et, en passant par toutes les incarnations successives, de maillon en maillon jusqu'au dernier, celui qui passe, ancré dans l'instant présent, et qui à son tour s'élèvera lorsqu'en mourant il cédera la place à son successeur[17].

Cette vision du processus successoral n'est pas sans évoquer celui de la subrogation. Les planches d'un navire, les pierres d'un édifice, les têtes de bétail d'un troupeau, les livres d'une bibliothèque, les étudiants d'une université (comme celle de Bologne)[18], les magistrats d'une instance juridictionnelle ou consultative (par exemple un conseil municipal), les citoyens d'une municipalité, les soldats d'une légion, les membres d'un peuple ou les particules du corps

[17] E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi essai sur la théologie politique du Moyen-Age*, coll. Bibliothèque des histoires, Paris : Gallimard, 1989, Comparaison de la succession à une corporation, note 74, texte p. 221. Idée : p. 226-227 ; Image archétypale chez Shakespeare : texte p. 280-281 et chez Al-Farabi : note 240 p. 524-525. Cf. Platon, *Ion*.

[18] La figure de Bologne est dans la Glose ordinaire (E. Kantorowicz, *op. cit.*, p. 224). Bartole, après Andreas de Isernia, ajoute l'Université, dans un argument contre les réalistes (*ibid* et note 89 p. 496).

humain[19], multiples et distinctes, forment néanmoins, par leur réunion, non des ensembles hétéroclites et composites de choses, mais des biens, des entités, des universalités et des corps individualisés et uniques. Or, ses éléments, matériellement détachables de l'ensemble, ne sont pas tous réunis au même moment. Mais ils se remplacent et se succèdent dans le temps. Leur nombre croît ou décroît à mesure que des éléments nouveaux y entrent et que des anciens en sortent. Cette succession, bien loin d'empêcher que l'agrégat ne reste égal à lui-même sans changement, est au contraire la condition pour qu'il ne cesse de perdurer.

**53.** CRITERE DISTINCTIF DE LA SUCCESSION. — La distinction de ses entités d'avec la succession peut s'avérer fructueuse pour la bonne compréhension de ce dont vraiment il s'agit avec les successions. Car l'entité n'est formée que des éléments présents ensemble au même moment. L'existence de Bologne tient à ce que des étudiants se réunissent. Mais les divers membres, aussitôt sortis de l'agrégat, perdent tout lien entre eux. Il n'y a pas union des éléments présents et de ceux dont a été jadis formé l'ensemble, et de ceux qui dans l'avenir s'agrégeront à lui. Les divers morceaux de bois qui successivement ont remplit la fonction de gouvernail sur un navire ne forment pas une chaîne à travers le

[19] Ce sont les exemples qui sont donnés traditionnellement. Nom de droit : gain et perte, Ulp. 49 Sab. D. 50, 16, 178, 1. Appelation : damnosam, Pomp. 3 ad Quintilium Mucium, D. 50, 16 (idem) 119. Succession, cité municipe, assemblée (municipale) de décurions, association (corporation), Florentinus, 46, 1, 22. En ce qui concerne le corps, c'est *Alfenus Varus* 6 digestorum, *Dig.* 5. 1. 76 qui dit que nous-mêmes, composés de particules minuscules, survivons parce qu'elles se succèdent. Mais Tertullien parle d'une survie de ces éléments qui composent le corps humain, lorsque, le quittant, ils passent dans les choses : *La résurrection des morts*, Paris : Desclée de Brouwer, 1980, chap. 63, p. 147.

temps. C'est donc une subrogation distincte de celle à laquelle on pense en droit successoral.

Car c'est précisément à ce dernier type d'entité que l'on pense en droit successoral. Comme avec le droit des successions il s'agit de la personnalité juridique, il y a *identité* de celle-ci et de la personne naturelle, l'unité de celle-ci doit coïncider avec l'unité de celle-là, si bien que la multitude ne pourra pas être autre que successive. L'entité débitrice ne repose jamais au même moment que sur une seule personne naturelle. L'idée d'une corporation par succession[20] est un alliage entre les deux idées de succession et d'association[21].

### B) La conception de la succession comme personne “purement juridique”

**54.** **Tout homme n'est pas une personne. —** C'est un tort, croyons-nous, de penser ainsi. Car l'idée est source d'erreur, surtout en matière d'indivision. En outre elle est fausse en elle-même. En effet, voici comment l'on raisonne dans cette doctrine. Est-ce que le fait d'être propriétaire, c'est-à-dire sujet du droit réel, n'entre pas dans la définition du sujet de droit ou, si l'on préfère, de la

[20] V. F. Maitland, introduction à O. Gierke, *Les théories politiques du Moyen Âge*, Paris : L. Tenin, 1914, p. 207, note 212, la distinction de la personne (persona) et de la dignité (dignitas), envisagée à cet endroit, nous semble coïncider exactement avec la distinction de la capacité (d'exercice, qui est attachée à la personne) et du pouvoir (qui tient à la fonction exercée) ; E. Kantorowicz, *op. cit*.

[21] Alliage opéré dans les ateliers médiévaux, cela ne fait aucun doute. Cf. l'intuition géniale de R. Saleilles, sur ce point, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *bulletin de la société d'études législatives (1910)*, qui explique la conception du droit successoral par une décalque des conceptions corporatives.

personne juridique[22] ? Or, les juristes ont leurs critères. L'esclave antique, par exemple, n'était pas une personne à leur sens, parce qu'il n'était pas propriétaire de son chef. De même le mort civil, jusqu'à il y a peu ou, encore actuellement, l'absent déclaré ou le disparu, si l'on suppose qu'ils sont vivants, en réalité, sont donc de fait privés de leur personnalité juridique, parce que le droit les suppose morts. Tout homme n'est donc pas une personne.

**55.** **TOUTE PERSONNE N'EST PAS UN HOMME. —** Et inversement. Les juristes admettent communément qu'en Droit il puisse exister d'autres entités que l'être humain. Le rôle de la personne, pour ainsi parler, serait susceptible d'être incarné tantôt par un individu humain, tantôt par plusieurs, tantôt sous des modalités plus complexes. La notion de personne est donc un genre qui se subdivise en deux espèces. Tant et si bien que lorsque l'on entend désigner l'homme en tant que personne, il convient de préciser son propos et de parler de personne naturelle, physique, concrète, réelle ou véritable, pour l'opposer à l'autre, qui forme une catégorie qui se désigne des adjectifs de fictive ou

[22] Ce qui en soi est juste ; C. Atias, *Les personnes. Les incapacités*, coll. droit fondamental, Paris : Puf, 1985, n°15, p.30 (« Pour le droit, la personnalité est d'abord l'aptitude à être sujet de droits et d'obligations ») ; F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse 1981, n°541, p. 739 (La personnalité juridique (…) consisterait (…) dans la qualité virtuelle de propriétaire ») ; v. M. Hauriou, *Précis de droit administratif,* 11ème éd., Paris, 1927.

artificielle, parfois aussi de représentée ou d'imaginaire[23]; que l'on dit encore civile, morale, abstraite, technique, instituée ou juridique (c'est cet usage du terme que l'on entend habituellement comme sens *purement* juridique du mot); ou même politique ou mystique, pour une notion qui relèverait finalement peut-être moins du juridique que du politique ou du théologique[24]. Traditionnellement

[23] L'usage Hobbesien de la dichotomie de la personne naturelle et de la personne fictive passe souvent inaperçu parce qu'il dénote au regard de la tradition qui tend à parler de personne fictive dès lors que l'on a plus affaire à un individu humain. Th. Hobbes, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, coll. Philosophie politique, Paris : Sirey, 1971, 1ère partie, chap. 16, pp. 161-169, définit la *personne* à l'aide du modèle de la représentation théâtrale, qui lui permet de discerner quatre fonctions : a) le *personnage*, qui apparaît sur scène aux yeux des spectateurs, auquel sont imputés immédiatement paroles et actions, b) l'*acteur*, le représentant, c) l'*auteur*, qui participe de la représentation et que Hobbes intègre à l'édifice, ce qui traduit bien l'organisation représentative pluraliste que suppose souvent l'action juridique, et d) le *tiers représenté*, auquel le personnage renvoie (tel le signifié à son référent) comme à un modèle dont il n'est que le reflet, l'apparence et l'image sur scène et auquel paroles et actions sont attribuées finalement. Faisons ensuite remarquer que, pour Hobbes, les positions d'acteur, d'auteur et de tiers représenté peuvent être occupées aussi bien par un individu humain (« une personne naturelle » au sens courant) que, simultanément ou successivement, par plusieurs, c'est-à-dire par une collectivité (« une personne morale » au sens courant). En outre, précisons que la même entité pourra, ou non, cumuler deux, ou trois, des fonctions d'acteur, d'auteur et de tiers représenté.
Pour Hobbes, le mot *personne* désigne l'*acteur*, à l'exclusion de tout autre ; ensuite de quoi Hobbes distingue *personne* naturelle et *personne* fictive, c'est-à-dire acteur *naturel* et acteur *fictif* (ou artificiel), en fonction de l'identité du tiers représenté : Hobbes dénomme l'acteur une personne *naturelle* lorsque les paroles et les actions qu'il prononce ne sont imputées qu'à lui-même, lorsqu'il parle et agit *en son nom* (remarquons que l'on concevrait fort bien en ce cas qu'il n'y eût point de jeu et que l'on parlât de présence réelle au lieu de représentation, mais Hobbes conçoit une coïncidence et un cumul sur le même chef des qualités d'acteur et de tiers représenté, autrement dit une *identité* de l'acteur et de la personne représentée) ; Hobbes dénomme l'acteur une personne *fictive* dès lors qu'au contraire celui-ci ne se représente pas lui-même, mais autrui, ce qui recouvre deux cas de figure. Le premier est celui du tiers représenté individu humain réel (il pourra s'agir d'un mandant ou d'un incapable). Dans le second le même artifice permet à l'acteur d'incarner le personnage, non plus d'un tiers représenté individu, mais, à cette même place, d'une collectivité d'individu, d'une chose, d'un être imaginaire, d'un dieu ou de quoi que ce soit d'autre (car si en vertu de la représentation un acteur peut parler et agir au nom et pour le compte d'un enfant, d'un dément voire d'un absent ou même d'un mort, qui personnellement n'apparaîtront jamais en chair et en os sur scène, rien n'empêche le même effet de profiter à de toutes autres entités qu'une personne humaine.) Hobbes parvient ainsi à expliquer le vaste domaine de la personnalité morale.
Une lecture pressée fait croire à beaucoup d'exégètes que Hobbes concevrait systématiquement comme personne fictive et artificielle le tiers représenté lorsqu'il n'est pas acteur (F. Tricaud a été pourtant très explicite sur ce point. Exemple de lecture erronée : P. Brunet, *Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, thèse droit, Paris 10, 1997, dactyl., pp. 77-78 : « la personne fictive ou artificielle est cette entité à laquelle on impute les paroles ou actions d'un autre ».)
[24] B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, pp. 270 et s. parle du *mythe* de la personnalité morale.

les municipalités et l'Etat sont censés être des personnes morales, ainsi que le département ou, depuis récemment, la région[25].

**56.** **DEFINITION DE LA PERSONNE : LA PERSONNE, C'EST L'HOMME. LES PERSONNES MORALES. —** Mais tout ceci n'est que le début du raisonnement. Car, dans le cadre du système juridique commun, que la plupart ne contestent pas, et que nous-même agréons, notre conception de la nature de la personne repose en définitive sur le postulat suivant. Selon la définition naturelle et canonique du terme, la

[25] Des entités équivalentes se retrouvent en droit canonique, avec le monastère, la paroisse, le diocèse et l'Eglise universelle. Jadis l'on parlait de tout ce domaine comme de celui des corps et communautés. Domat. Cf. Aubry et Rau, la personne morale est conçue à l'image de la personne physique, elle aussi en relation, comme cette dernière, avec un patrimoine : Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867-1879, t.6, p. 231, § 573. - Sauf mention contraire, *je m'appuierai sur la quatrième édition* de cet ouvrage (8 vol., Paris, 1867-1879). C'est la dernière que les auteurs aient produite eux-mêmes, celle où, par conséquent, à la fois les points par où ils se démarquent du livre de Zachariae qu'à l'origine ils ne faisaient que traduire et adapter (2ème éd., Strasbourg, 1839/46, 5 vol. ; 3ème éd., Paris, 1856) sont poussés le plus loin, et où leur système n'a pas encore subi l'altération que lui apporteront les rééditeurs successifs (5ème éd., par E. Bartin; 6ème éd., par P. Esmein ; 7ème éd. par A. Ponsard).

personne a pour synonyme le mot homme. La personne, c'est l'homme[26]. La formule signifie, positivement, que tout homme, et négativement que seul l'homme est, *naturellement*, comme si cela participait de son être même (ou, lorsque le droit positif en décide autrement, *devrait être*)[27] capable d'être effectivement ou potentiellement propriétaire, c'est-à-dire sujet du droit de propriété[28]. En ce qui concerne les personnes morales, les choses se passent

[26] Certes, l'on y a vu un axiome, un dogme, un postulat, mais quoi que l'on dise, anthropocentrisme, christocentrisme ou, comme on voudra, catégorie anthropologique, il reste vrai aujourd'hui que le monde au sein duquel nous œuvrons, et en particulier la sphère de la discipline du droit, seraient incompréhensibles, nous voulons dire jusque dans ses impasses et ses révoltes, sans une formule qui la marque et selon laquelle, scandale pour les uns et folie pour les autres : au sens juridique spécifique, *la personne, c'est l'homme.* Cette formule n'est pas, contrairement à ce que l'on dit souvent, de Carbonnier (cf. J. Carbonnier, *Droit civil/1 Les personnes*, coll Thémis - droit privé, 21ème éd., Paris : Puf, 2000, p. 15 : « La personne physique (*personne* par excellence), c'est l'individu, c'est l'être humain, tel qu'il est pris en considération par le droit ») ; elle date au moins du XIXème siècle et de l'ère de l'exégèse, et se trouve chez les maîtres de cette Ecole. La formule est chez Demolombe (auquel, à propos de la distinction de l'homme et de la personne — que niait Demolombe, avec Marcadé et contre Toullier — , faisait référence J. Carbonnier, *Droit civil*, au chapitre *Des personnes*, à la rubrique *Etat des question*, *B.G.* [7ème éd., 1967, *Droit civil I Introduction au droit et droit civil*, n°52, p. 178], référence qui a disparu des éditions les plus récentes), et chez Aubry et Rau , *op. cit.*, t.1, § 53, texte p. 179 : « Tout être humain, né vivant et viable, est une personne. » Cf. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français,* 3ème éd., Paris : LGDJ, 1932, t.1, n°5 bis, p. 16 : « Pour la plupart des juristes du XIXe siècle, le point de départ de la théorie de la personnalité juridique se trouve dans l'axiome que l'homme seul est un sujet de droit » ; p. 17, n°6 : « L'homme seul étant une personne réelle… » ;n°16, p. 38 : « axiome que l'homme seul est une personne ». A l'origine la formule latine est la suivante : *persona, id est homo*. Pour le droit romain, v.B. Eliachevitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942, p. 353 ; M. Villey, *Le droit romain*, coll. Que sais-je?, 2ème éd., Paris : Puf, 1949, pp. 52-53 et 8ème éd., 1987, pp. 51-52 ; Y. Thomas, « L'institution civile de la cité » *Le débat* n°74 (mars – avril 1993), p. 35, et, en particulier pour ce point fondamental, comme pour les autres, toujours consulter l'illustre R. Ihering (*L'esprit du droit romain*, 2ème éd., Paris : A. Morescq aîné, 1880, t.4, p. 326, « l'homme seul est le destinataire des droits », cité par Planiol). V. aussi, pour la sphère de la *common law* ; F. Maitland, introduction à O. Gierke, *Les théories politiques du Moyen Âge*, Paris : Le Tenin, 1914, p. 50.

[27] D'où la condamnation de l'esclavage et le caractère problématique de la mort civile.

[28] Seul l'être humain vivant est une personne *au sens technique du droit civil*. a) *Humain* : les choses inertes et les animaux n'appartiennent pas à l'espèce humaine, elles ne sont donc pas dotées de la personnalité juridique au sens spécifique (cf. la question scolastique des monstres de la nature). b) *Vivant* : dire que l'homme est une personne ce n'est pas nier son appartenance à la nature vivante et plus précisément au règne animal. Fait de chair et de sang il naît, vie et meurt. Il n'est pas en vie avant d'être né (il n'est pas une personne au stade cellulaire, embryonnaire ou fœtal, à l'exception de l'*infans conceptus* et par le jeu de la période légale de conception – cf. la semence endormie, en droit musulman), ni s'il ne naît pas vivant (avorton ou mort né) et viable (cf. M. Philippe, *D.* 1996, Chron. 29). Ni après sa mort, ce qui exclut le cadavre de la définition (d'où la question du corps entre vie et trépas, et de l'absent) — et interdit en principe toute fiction de survie.

comme si la présence sur scène du personnage propriétaire, créancier et débiteur supposait un être doté du minimum de personnalité nécessaire pour incarner ce rôle. Il est permis de considérer que la personnalité juridique, c'est-à-dire le fait d'être propriétaire, créancier et débiteur, nécessite ou suppose de l'Etat quelque chose de l'ordre de la reconnaissance ou de l'intervention. L'octroi de la personnalité morale nécessite, comme on l'a dit, l'*onction* du pouvoir[29]. Les personnes morales sont donc dépendantes de l'Etat, qui peut d'ailleurs en ériger à perte de vue.

**57.** LA SUCCESSION N'EST PAS UNE PERSONNE MORALE RECONNUE. — La nécessité de cette consécration officielle explique la scission, au sein du domaine des entités concernées par l'idée de propriété collective, entre celles qui se voient reconnaître cette personnalité morale, et celles pour lesquelles la choses est refusée. Or, si en droit privé sont des personnes une fondation, une congrégation,

[29] F. Maitland, *op. cit.* et Th. Hobbes (dans sa préface au *Léviathan*, coll. Philosophie politique, Paris : Sirey, 1971) ont comparé la relation de l'Etat ou de la science du Droit et des personnes morales à Dieu et au monde à l'instant du *Fiat* ou à Dieu dans sa relation à la créature humaine : "l'Etat doit insuffler l'âme de la vie fictive dans les narines de la corporation, sinon celle-ci ne deviendrait pas un corps animé, mais resterait une simple poussière d'individus" (F. Maitland). Lorsque R. Saleilles comparait l'Etat au prêtre qui administre le sacrement du baptême juridique, c'était une référence à un lieu commun des disputes scolastiques concernant les personnes morales (M. Planiol), un argument qui mettait l'accent sur la difficulté essentielle selon laquelle n'ayant point reçu d'âme les personnes morales ne pouvaient par conséquent pas pêcher et n'avaient pas non plus à recevoir le sacrement de l'eau, qui lave l'âme du pêché (Tertullien). Et, comme si la personnalité juridique restait substantiellement mystérieuse, quand F. Maitland disait qu'aux entités qui n'ont pas la personnalité morale il manque que l'Etat ait "marmotté quelques paroles mystiques" pour que se produise une transformation "dans la substance elle-même du groupe, qui échappe aux sens", c'était encore une comparaison à peine voilée de l'Etat donnant la personnalité morale à un groupe, au prêtre qui administre le sacrement de l'eucharistie, à l'instant crucial de la transsubstantiation (Th. Hobbes aussi a parlé de l'eucharistie, dans son *Léviathan*), lorsque le pain et le vin ne sont plus tels qu'*en apparence*, mais *en substance* corps mystique et sang du Christ (le corps mystique est une expression qui vaut tant pour l'eucharistie que pour l'Eglise, personne morale). V H. De Lubac, Corpus Mysticum. *L'eucharistie et l'église au moyen âge*, 2ème éd., Paris : Aubier, 1944, 371 p.

un syndicat, une association et certaines sociétés[30], en revanche, la succession, indivise ou non, avec quelques autres entités comme la communauté de biens, le navire de commerce, la copropriété immobilière, les biens soumis à une procédure de liquidation collective, ne se sont pas vu reconnaître la personnalité morale. La personnalité juridique du défunt ne peut donc pas se perpétuer pour supporter ses dettes outre-tombe.

Il y a coincidence parfaite de l'homme et de la personne civile. La personnalité civile du défunt et de l'héritier participent de l'identité de l'un et de l'autre et sont irréductibles l'une à l'autre. La personne n'entre pas plus dans la classe des dignités et des charges que dans celle des universaux. Dès lors il est tentant d'en venir à l'idée de patrimoine, en considérant que l'héritier, en acquérant les créances, en s'appropriant les biens et, surtout, en assumant les dettes du défunt, hérite du patrimoine tout entier. Parce qu'elle suppose la personnalité morale, l'idée de corporation successorale n'est pas d'une bonne orthodoxie.

[30] Les associations n'existent qu'à compter de leur déclaration en préfecture, les fondations à partir d'un décret pris en Conseil d'Etat et celles des sociétés qui sont dotées de la personnalité morale le sont par leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

## § 2
## *La succession aux biens*

**58.** **LE PATRIMOINE, SUCCEDANE DE LA PERSONNE MORALE. —** Même si l'on discute encore en doctrine de la notion de personne morale, et si l'on soutient parfois que la reconnaissance de l'Etat ne serait pas utile, l'on cherche surtout à échapper à l'absence de personnalité juridique de la succession en transposant tout simplement l'idée de personne sur le patrimoine. Ici il nous faut parler de la théorie du patrimoine de Aubry et Rau, et de celle que leur ont opposée leurs détracteurs[31].

### A) Théorie classique du patrimoine

**59.** **LE PATRIMOINE SUCCESSORAL. —** L'on explique donc la transmission universelle des biens, des créances et des dettes, par celle du patrimoine qui se transmettrait successoralement[32]. Ses titulaires peuvent se succéder les uns aux autres sans grandes conséquences pour les dettes. C'est bien toujours la même

[31] Sur le patrimoine, récemment, cf. A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Rtd civ* (1984), n°5, p. 812 ; D. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », *Dalloz* 2002 (n° 44 du 19 décembre 2002), pp. 3279-3284 ; F. Zénati, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *Rtd civ* 2003, pp. 667-677.

[32] Chez Aubry et Rau, la succession est entre le concept de patrimoine héréditaire et la personne du défunt. Représenter la personne de celui à qui l'on succède cela peut aussi signifier la succession au patrimoine même, Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 583, texte p. 256. *Succéder* ou *continuer la personne*, c'est succéder ou continuer le patrimoine, § 582, texte p. 253 et 255. Il est dit que les héritiers représentent la personne du défunt, d'un autre côté ils succèdent au patrimoine, § 582, texte pp. 255-253 et § 583, texte p. 256. Détaché du mort, « l'ensemble (de ses) biens (…) ne perd pas (…) le caractère d'universalité juridique. C'est avec ce caractère que ces biens se transmettent sous le nom d'*hereditas*. » A qui ? Aux successeurs universels, et cette qualification, en pure théorie, « ne convient qu'à ceux qui représentent un individu décédé, en continuant sa personne juridique », *op. cit.*, t.2, § 182, texte p. 253, cf. t.6, § 583, texte p. 256 : « les successeurs universels proprement dits, c'est-à-dire ceux qui représentent la personne du défunt » ; § 615, texte p. 247 : « L'héritier est le représentant du défunt. »

entité qui sera débitrice[33]. C'est ainsi que l'on explique à des générations d'amphithéâtres entiers que le patrimoine du défunt lui "survit" afin de supporter ses dettes jusqu'à son acceptation, jusqu'à son partage ou jusqu'à sa liquidation. Et l'on parle donc de "la succession" comme de l'entité qui maintiendrait l'ensemble autonome des biens et des créances, en tant que grevé des dettes successorales, sans que l'hérésie d'une personnalité fictive ne saute plus aux yeux, puisque l'on dit que ce n'est pas une personne, mais un patrimoine[34].

C'est ainsi que prend place le mythe défendu par les germanistes, d'une opposition entre succession à la personne et succession aux biens.

**60.** LE PATRIMOINE, OBJET UNIVERSEL. — La théorie classique du patrimoine forme le cœur du *Droit civil français* de Aubry et Rau[35]. L'ouvrage est en deux parties, la première théorique, la seconde pratique (qui contient les actions et procédures). Le versant théorique se subdivise, avec, d'un côté, *l'homme,* et, de l'autre, "*les objets du monde extérieur sur lesquels celui-ci a des droits*". Enfin, parmi ces objets, il en est d'individuels, et un d'universel : c'est le patrimoine. Autrement dit, les objets peuvent être considérés soit en eux-mêmes, soit en tant

[33] C'est le patrimoine, qui, de la sorte, devient un instrument d'identité collective. Pour E. Lambert le patrimoine ne se conçoit que dans sa transmission, v. *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs. Le droit de succession en France — son fondement, sa nature*, Paris : Giard et E. Brière, 1895 ; n°5, p. 812 ; F. Zénati, *op. cit.*, p. 669.
[34] Citation droit romain.
[35]. Aubry et Rau sont, comme chacun sait, les pères de la conception classique de la théorie du patrimoine. En réalité ils revendiquent assez peu cette paternité, ils traduisent avant tout une doctrine allemande qui portait sur le Code civil français, et ils s'appuient constamment sur le droit romain. Du reste, il leur a été souvent reproché de n'avoir rien fait d'autre que de découvrir quelque chose de traditionnel. Mais leur ouvrage, le *Cours de droit civil français*, mérite bien sa réputation de Bible de la théorie française classique du patrimoine.

qu’éléments du patrimoine d’une personne, celui-ci consistant dans un objet universel.

**61.** **LE DROIT SUR LE PATRIMOINE. —** L’un des passages peut-être les plus délicats de la théorie tient à ceci que le patrimoine puisse représenter un objet, sur lequel l’homme ait des droits. L’on conçoit un rapport du sujet à l’objet[36]. En un sens l’homme *a* un patrimoine. Aubry et Rau parlent de propriété, mais il ne s’agit pas du droit de propriété pris au sens habituel du terme, tel qu’il s’exerce sur les objets individuels. Car dans la mesure où cet objet est universel, et donc très différent des autres objets qu’il contient, le droit que le sujet aura dessus sera également distinct. D’ailleurs, non seulement la propriété mais aucun droit réel ne peut s’exercer sur le patrimoine. Sans cela ces droits sur le patrimoine pourraient à leur tour être pris ensemble, entrer dans un méta-patrimoine, ce dernier ferait alors l’objet d’un droit, et ainsi de suite, à l’infini[37]. Le patrimoine n’en devient donc pas un bien.

**62.** **PREROGATIVES ATTACHEES AU DROIT SUR LE PATRIMOINE. —** Le droit du sujet sur son patrimoine renferme virtuellement, est-il dit, toute une série de facultés,

[36] Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 576, texte p. 240. Ce rapport, les auteurs l’intitulent propriété, mais c’est faute de mieux, en précisant qu’il ne s’agit pas d’une propriété d’un type habituel et que les autres droits réels n’ont pas à s’exercer à leur tour sur le même objet (il est arrivé aussi aux auteurs d’appeler patrimoine le rapport de l’homme à son patrimoine, v. note suivante). D’autant que l’écueil consisterait sinon à emboîter des patrimoines les uns dans les autres, à l’infini.

[37] Du reste il arrive aux auteurs de manquer de scrupule en parlant de patrimoine pour le rapport de l’homme à son patrimoine : Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 577, texte p. 241.

dont la première est la faculté d'administrer le patrimoine[38]. La note afférente à ce passage n'envisage pas du tout le seul cas du titulaire, mais ouvre, par le biais des renvois qu'elle opère à d'autres passages de l'ouvrage, sur la théorie de la représentation. Il est question de l'étendue des pouvoirs du tuteur, de l'administrateur légal, du mineur émancipé, de l'envoyé en possession provisoire des biens d'un absent, du mandataire et enfin des époux (d'un régime matrimonial à l'autre). Le patrimoine comme contenant est une chose dont le titulaire est propriétaire en un sens autre que lorsqu'il est propriétaire du contenu.

**63.** THEORIE DU PATRIMOINE ET DROIT DES SUCCESSIONS. — La partie de l'ouvrage de Aubry et Rau la plus particulièrement consacrée au patrimoine se subdivise[39]. La première subdivision traite du patrimoine en général[40], et la seconde des successions et des dispositions à titre gratuit. Selon la façon dont on considère les choses, soit c'est la théorie du patrimoine qui fait figure de préambule introductif au droit des successions, soit c'est ce droit qui tient lieu d'application[41] et d'illustration à la théorie. Application isolée, depuis que les auteurs ont, dans la 4ème édition, relégué en fin d'ouvrage les voies d'exécution

[38] Le § 578, p. 244 (toujours Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6), qui traite *Des facultés inhérentes au droit de propriété dont toute personne jouit sur son patrimoine, envisagé comme universalité de bien*, parle de la faculté d'administration, du droit aux fruits, du droit de tester, de l'action en restitution, de l'action en revendication.
[39] Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6-8, §§ 542-727
[40] Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, §§ 573-583
[41] Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 1. Cf. M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1904, t.1, p. 676, note 1, sous n°2149, l'idée qui était chez E. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs. Le droit de succession en France — son fondement, sa nature*, Paris : Giard et E. Brière, 1895, selon laquelle le terme de patrimoine désigne originairement les biens qui se transmettent successoralement.

qui, dans l'ouvrage de Zachariae, formaient l'autre grande application de la théorie. Il y aurait beaucoup à dire sur ce choix des matières ; en somme, dans l'optique de Zachariae, l'héritier et le créancier seraient les deux personnes intéressées par le patrimoine[42].

**64.** **CONCEPTION DE L'OBLIGATION DANS LA THEORIE DU PATRIMOINE. —** La théorie du patrimoine de Aubry et Rau prétend donner l'explication du droit de gage général du créancier. La question de l'obligation est la plus délicate de la théorie. L'engagement et l'affectation au droit du créancier des divers éléments qui composent le patrimoine du débiteur s'explique, dans un premier temps, par l'engagement et l'affectation premiers du patrimoine en tant que *contenant* et en tant qu'*universalité*[43] (le droit sur le contenant pouvant s'exercer sur son

[42] Le patrimoine (et ses limites) serait en cause à deux moments. Lors de la saisie (il y a des biens exclusivement attachés à la personne) et lors du décès (il y a des dettes qui s'éteignent et des liens qui disparaissent). Cf. *supra* note sous n°24, sur le plan bipartite de J. Domat, en obligation et succession.

[43] Le patrimoine n'entre pas dans la catégorie des biens (ou comme disent les auteurs, ce n'est pas un objet). Ce n'est pas même une universalité, un ensemble d'éléments comme peuvent en être un troupeau ou une bibliothèque, Aubry et Rau, *op. cit.*, t.2, § 162, texte p. 3. Mais il constitue incontestablement un *objet* de connaissance, auquel les juristes s'intéressent ; objet de nature incorporelle, en tant qu'il ne tombe pas sous le sens mais ne peut être perçu que par l'entendement, § 162, texte *princ.* p. 1 et note 1. Il faut déplorer la confusion qui s'introduit souvent (par exemple chez F. Zénati) entre les objets au sens patrimonial et ceux au sens scientifique. La distinction du corporel et de l'incorporel appartient au registre de l'épistémologie (lire Cicéron, *Topiques*, IV, 26-27, trad. H. Bornecque, Paris : Les belles lettres, 1990, p. 74). Importée dans les catégories du droit civil elle est source d'obscurités (M. Villey, *Le droit romain*, coll. Que sais-je ?, 8ème éd., Paris : Puf, 1987, pp. 71-72 ).

contenu)[44], et, dans un second temps et en définitive, cet engagement du patrimoine en tant qu'universalité est lui-même expliqué par l'engagement initial de la personne[45], dont le patrimoine serait l'*émanation*[46] (le droit pesant sur la

[44] Ce rattachement des obligations au patrimoine est bien connu, il en est question dans l'un des passages les plus souvent cités du *Cours de droit civil français* : "L'article 2092 établit, au profit des créanciers, un droit de gage portant sur le patrimoine même du débiteur *ainsi que* sur tous et chacun des biens qui s'y trouvent compris", Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 579, texte p. 248. Nous soulignons. H. Gazin reprochait à cette théorie de prendre le patrimoine pour la personne (*Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910). Il reste que lorsque Aubry et Rau disent que le patrimoine « comprend les dettes comme il comprend les biens » (§ 573, texte p. 231), leur formule est maladroite, car il est impossible de considérer la dette de la même manière qu'un bien. La note 10 référée à ce passage renvoie au droit romain *Bona intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt* (L « L. 3, D. de V.S. (50, 16). Voy. aussi L. 88, D. *eod. tit.* »). Il n'est pas certain que ce soient les dettes qui soient désignées là en droit romain mais l'idée de fonds propres, d'actif libre de tout engagement.

[45] C'est bien la personne (physique ou morale) qui supporte les dettes. C'est dit dans le contexte du rattachement des obligations au patrimoine : « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, les obligations qui pèsent sur une personne doivent naturellement aussi grever son patrimoine », Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 579, texte p. 247, la note renvoie à Zachariae, § 580, texte *in fine*. Dans la seconde édition du *Cours*, les auteurs, qui n'étaient encore que traducteurs, écrivaient que "les obligations (…) pèsent sur le propriétaire du patrimoine", Aubry et Rau, *op. cit.*, t.5, § 575, texte p. 103.

[46] La caractéristique « classique » de la conception d' Aubry et Rau, son postulat fondamental dont toute leur dogmatique n'est que le corollaire, réside dans le rapport entre patrimoine et personnalité. Le *leitmotiv* des auteurs, exprimé dans des formules célèbres, souvent citées, c'est l'étroite corrélation des deux notions : « Le patrimoine qui, comme universalité de biens, prend son fondement dans la personnalité (…) », Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 576, texte p. 240 ; « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle (…) », *op. cit.*, § 573, texte p. 231 (noter qu'à plusieurs reprises il est fait référence à la « puissance juridique », v. note 6 p. 230 et texte 4° p. 231, et que les auteurs font remarquer que l'allemand de Zachariae utilise le terme *vermögen*, qui signifie pouvoir autant que patrimoine) ; « L'idée du patrimoine se déduit directement de celle de personnalité. », § 573, texte p. 229. Sans que cela n'aille jamais jusqu'à identifier personne et patrimoine, car l'identification qu'ils paraissent opérer parfois a pour but de bien distinguer le patrimoine et les biens (cf. *supra* note 37) : voici ces formules, peu citées : « Le patrimoine est une universalité de droit, en ce sens que les biens forment, en vertu de l'unité même de la personne à laquelle ils appartiennent, un ensemble juridique », t.2, § 162, texte p. 3 ; « La personne n'acquiert pas son patrimoine, qui constitue pour elle un bien inné, en ce sens qu'il est inhérent à sa personnalité même, et que son existence n'est pas subordonnée à la condition qu'elle possède des biens », t.6, § 577, texte 1° p. 241. Et les formules qui seraient susceptibles de laisser croire à une identification complète contiennent toutes une nuance : « L'ensemble des biens d'une personne ne constituant une universalité de droit que parce qu'il se confond *pour ainsi dire* avec sa personnalité (…) », § 576, note 2 p. 240 (nous soulignons) ; « le patrimoine s'identifiant *en quelque sorte* avec la personnalité (…) », § 582, texte p. 253 (nous soulignons) ; « Le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme *considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs* (…) », § 573, texte p. 230, note 6, nous soulignons. La distinction est dite parfois expressément : « *Le patrimoine* qui, comme universalité de biens, prend son fondement dans la personnalité, *se distingue* cependant *de la personne elle-même* » (§ 582, texte p. 253, nous soulignons). La distance de la personne au patrimoine est telle qu'un rapport juridique se conçoit de l'une à l'autre (v. *supra* n°61). Et ce serait une erreur de croire qu'il y a deux notions du patrimoine chez Aubry et Rau, l'une relative à l'universalité de biens, l'autre à la personne.

personne pouvant s'exercer sur ce qui en émane)[47]. S'il y avait identité, ce serait un paradoxe[48].

**65.** IMPERFECTION DE CETTE CONCEPTION. — Formulons immédiatement une critique. Dans le fond, la dette, dans une vision déjà objectiviste, est conçue comme un poids, une charge, qui pèse réellement sur les épaules de la personne, comme l'on dirait d'un joug ou d'un carcan. Quoique, par l'intermédiaire du patrimoine universalité, l'engagement des biens soit *expliqué* par celui de la personne, il faut remarquer qu'en réalité c'est plutôt l'engagement de la personne qui est *conçu* sur le modèle de l'engagement d'un bien. C'est la manière dont un bien quelconque est grevé du droit du créancier, c'est-à-dire risque d'être saisi et vendu, qui a visiblement fourni le modèle sur lequel sont grevés le patrimoine en tant qu'universalité puis la personne du débiteur. Et sans doute la *manus injectio* du droit romain a-t-elle servi ici de modèle[49]. Preuve en est que les auteurs de cette théorie doivent préciser que la personne est soustraite à l'*exercice*

[47] C'est d'ailleurs précisément à l'endroit où il est dit que "les obligations pèsent sur une personne" que nos auteurs rattachent les obligations au patrimoine. « Le patrimoine étant une émanation de la personnalité les obligations qui pèsent sur une personne doivent naturellement aussi grever son patrimoine », Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 579, texte p. 247 (la note renvoie à Zachariae, § 580, texte *in fine*. »). Les obligations grêvent *aussi* le patrimoine, parce qu'elles grevaient *déjà* la personne. Et c'est dès lors qu'il était question de la dette que nos auteurs n'ont cessé de répéter que le patrimoine était le corrélat de la personne. C'est donc dans ce contexte qu'il convient aussi de situer les fameux principes d'indivisibilité et d'unité du patrimoine.

[48] Ce dont Jallu s'étonnait (« La personne est titulaire du patrimoine. Est-elle donc titulaire d'elle-même, et c'est elle-même qui s'appartient ? Mais qu'est-ce que cela veut dire ? », O. Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne* , thèse Paris, 1902, p. 90).

[49] Dans l'antiquité, à Rome, certains débiteurs insolvables pouvaient être tenus prisonniers de leur créancier, en attendant que quelqu'un veuille les libérer en payant la dette à leur place. Par ce premier côté le *manus injectio* n'était autre chose qu'un moyen de pression. (La contrainte par corps ne s'en distingue guère. Depuis la disparition de celle-ci en droit civil les dettes semblent s'être détachées de la personne. Mais en France elle subsiste néanmoins au profit du fisc.) C'est la suite de la procédure qui a le plus de rapport avec notre propos. Il s'agissait, dans une seconde phase, d'un moyen de paiement, puisque le débiteur, conduit au-delà du Tibre, pouvait y être vendu comme esclave, et son créancier se payer sur son prix.

(seulement) du droit de gage du créancier (la *manus injectio* ayant disparu dans nos sociétés)[50]. Et comme perdre son patrimoine en tant qu'universalité reviendrait, pour une personne, à perdre sa personnalité juridique[51], conséquemment la même logique touche également le patrimoine comme contenant, qui est soustrait à l'emprise du créancier (la *venditio bonorum*, qui consistait à ouvrir la succession du débiteur insolvable, n'a plus cours non plus)[52]. De sorte qu'au terme de ces deux soustractions successives, il ne reste plus au créancier, de la triple assiette de l'exercice de son droit, que les biens eux-mêmes.

## B) Autres conceptions du patrimoine

**66.** DESOLIDARISATION DE LA PERSONNE ET DU PATRIMOINE. — Les détracteurs de la théorie du patrimoine selon Aubry et Rau ont remis en cause le lien privilégié qu'établissait cette théorie, entre le patrimoine, en tant qu'universalité, et la personne de son titulaire[53]. La dangereuse dérive théorique qui a pris les noms de

[50] Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 581, texte p. 252 : « En affectant le patrimoine du débiteur à l'acquittement de ses obligations, le législateur s'est trouvé naturellement amené à soustraire sa personne aux poursuites de ses créanciers. »

[51] « L'idée de l'aliénation du patrimoine présenterait un véritable contresens, puisque, n'ayant pas d'existence propre et indépendante, il ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient », Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 577, texte 2° p. 241 (avec, en note, référence à C. Demolombe, 3ème ed., 1867, XX, p. 454, et à K. S. Zachariae, Paris : A. Durand, 1854-1860, § 573, texte n°3).

[52] « Mais, comme le patrimoine est en soi inaliénable et ne peut pas plus faire l'objet d'une expropriation forcée que d'une aliénation volontaire, ce droit de gage, quoique affectant le patrimoine même, n'est cependant susceptible de s'exercer que sur les éléments dont il se compose. Et, de fait, le droit de saisie, la faculté d'exercer les droits et actions du débiteur, et l'action paulienne, qui en forment la sanction, ne peuvent avoir pour objet que des biens déterminés », Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 579, p. 248.

[53] V. M. Planiol, n°2147-2166, pp. 675-684 ; R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la. société d'études législatives*, vol. 9, p. 311.

patrimoine *autonome*, de patrimoine d'*affectation*, de patrimoine de liquidation, de patrimoine *objectif*, de patrimoine-*but*, de patrimoine sans maître ou sans sujet, a consisté à tenir les objets qui composent le patrimoine pour n'appartenant plus à la personne, mais au patrimoine lui-même. Et l'on a considéré que le patrimoine pouvait demeurer inapproprié, à l'image d'un bien[54]. Dès lors, au décès de son titulaire, le patrimoine devient le sujet, *autonome* par rapport à la personne, du droit de propriété. Ce qui explique très bien la perpétuation du phénomène d'appropriation des biens. Or, cela consomme et consacre bel et bien en doctrine le hiatus et la rupture que la théorie classique du patrimoine entendait précisément éviter entre la personne et son patrimoine comme universalité juridique[55].

**67.** **REIFICATION DE L'OBLIGATION ET CONCEPTION GERMANISTE DE LA TRANSMISSION DES DETTES. —** Mais cette notion d'un patrimoine en tant qu'universalité pôle d'imputation de la propriété, a eu raison du modèle classique de l'obligation. Car

[54] Cf. *supra* n°61.
[55] Aubry et Rau, ou leurs interprètes zélés. Car cette rupture est en germe dans leur théorie. « Une personne ne pouvant être privée de son patrimoine qu'en perdant, par suite de son décès, sa personnalité même (…) », Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, § 578, p. 247 ; cf. § 577, texte p. 243 : « Il ne le perd qu'en perdant, avec la vie, sa personnalité même (…) ». Détaché du mort, « l'ensemble (de ses) biens (…) ne perd pas (…) le caractère d'universalité juridique. (…).
Aubry et Rau ont été les premiers à voir et à dire que les principes d'unité et d'indivisibilité, suivant lesquels une personne ne saurait avoir qu'un patrimoine, recevait des exceptions. Ces exceptions sont 1) le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines, 2) les articles 351, 352, 747 et 766 (le droit de retour légal), 3) l'absence, 4) le majorat et le fidéïcommis universel ou à titre universel, t.6, texte p. 234. Leurs détracteurs ne cesseront, à travers elles, de remettre en cause la théorie ; H. Gazin (*Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910) cherchait les cas où le patrimoine n'emprunte de support ni à une personne physique, ni à une personne morale : il étudiait la succession vacante (au premier chef) et le fonds social d'une société dissoute. Mais l'on est en droit de se demander si la théorie toute entière ne trouve pas précisément dans ces exceptions, auxquelles elle donne un statut, sa véritable utilité (utilité contestée, par exemple par F. Zénati).

la perpétuation du phénomène d'obligation ne s'explique pas moins bien[56]. De la théorie de Aubry et Rau, leurs détracteurs ont conservé l'idée que les dettes sont supportées par le patrimoine lui-même, en tant qu'universalité, mais ils n'ont pas eu besoin de prolonger le raisonnement jusqu'à la personne. Ces doctrines ont conçu l'obligation indépendamment de la personne[57]. La conception classique de l'obligation comme lien *personnel* entre débiteur et créancier, encore présente, bien que fragilisée, chez Aubry et Rau, a fait directement l'objet de critiques[58]. Selon elles, le créancier est en relation directe avec un patrimoine, quasiment au même titre qu'un propriétaire. La différence entre créanciers et indivisaires ne tient plus alors qu'au fait que le droit de ces derniers porte sur une quotité, alors que celui du créancier porte sur une quantité. Dès lors, les dettes du défunt ne sont pas plus dépendantes de lui que d'une quelconque personne (qui n'est pas reconnue), puisqu'elles grèvent l'actif de la succession qui leur est spécialement *affecté*. C'est, en réalité, dans cette théorie, le gage du créancier qui perdure sans propriétaire.

[56] R. Saleilles, *op. cit.*, pp. 311-318.
[57] R. Saleilles, *op. cit.*, p. 74, citation de Ricard, qui disait que les dettes sont comme répandues sur tout l'ensemble du patrimoine. Les auteurs que cite J. Carbonnier font néanmoins encore intervenir la représentation, c'est-à-dire que le patrimoine est représenté (ce qui tend, à notre sens, à le personnifier un peu encore) : *Droit civil, Les obligations*, coll. Thémis-droit privé, 12ème éd., Paris : Puf, 1985, [La représentation. Etat des questions, Théorie juridique], n°55, pp.220-221 (citation de Pilon, *Essai d'une théorie de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1898) ; J. Carbonnier *Les biens*, 13ème éd., Paris : Puf, 1990, n°43, p.76,(l'obligation ramenée à un droit réel). V. aussi A. Weil et F. Terré, *Les obligations*, coll. Précis Dalloz, 4ème éd., Paris : Dalloz, 1986, n°88, p. 84 (citation de Gouget, *Théorie du contrat avec soi-même*, thèse Caen, 1903).
[58] C'est un point que contestent les partisans de la distinction du *debitum* et de l'*obligatio*.

A la conception essentiellement personnelle de l'obligation, celle "du droit romain primitif", qui interdirait la cession de créance comme la cession de dette et qui nécessiterait la fiction de la continuation de la personne pour expliquer la succession aux obligations[59], il est devenu de tradition d'opposer une autre conception, moderne, dans laquelle les biens sont transmissibles avec les dettes qui les grèvent, où les cessions de créance et de dette sont admises sans difficulté, et où il n'est plus besoin d'une fiction pour expliquer le droit positif[60]. Bref, c'est encore une manifestation de l'opposition de la théorie française classique du patrimoine, selon laquelle personne et patrimoine sont corrélatifs, et de la théorie objective.

**68.** REIFICATION DE LA DETTE. — La créance est devenue un droit réel, déterminé dans son *quantum*, mais indéterminé quant à son assiette précise, et qui plane sur l'actif du débiteur jusqu'au jour du paiement. Comme l'on dit dans cette Ecole, la dette subsiste de manière indéterminée quant aux biens qui serviront à sa fin. Le paiement peut même se concevoir comme la cristallisation de la créance sur une part d'actif du débiteur. C'est la théorie de l'obligation droit réel indéterminé, que Gaudemet avait développée dans sa thèse, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*. Marty et Raynaud ont soutenu l'idée que les

[59] L'idée est chez R. Saleilles, « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke (Festschrift für O. Gierke),* Weimar, 1911, p. 1032. Le principe interdisant la transmission des dettes, leur transmission en droit positif ne pouvait s'expliquer que par une fiction (P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, p. 188).
[60] Logique et politique, v. *Conclusion*, n°877.

dettes puissent grever le patrimoine comme des charges réelles[61]. Tout récemment D. R. Martin s'est penché sur l'idée, qui résulte de cette doctrine, de dette réifiée[62].

Dans cette ligne de pensée Gaudemet a voulu voir dans le phénomène de la transmission du passif successoral une manifestation, en droit français, de la cession de dette. L'on sait qu'il s'agit d'un point qui n'a jamais été reçu en droit français[63]. Processus dangeureux, pour le créancier cédé et pour ceux du cessionnaire, et paradoxal, pour une dette, qui est inintelligible en tant que valeur positive[64].

**69.** **REIFICATION DE LA CREANCE. —** Quant au droit de créance, il est considéré comme un bien, sous prétexte qu'il figure dans la partie active de la masse patrimoniale du créancier, et que c'est une valeur marchande. De sorte que, la

[61] P. Raynaud, surtout, qui avait été sensibilisé au sujet avec une thèse relative à l'autonomie patrimoniale de la dot (*La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, thèse 1934) ; E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898, pp. 30-32 ; O. Jallu, *op. cit.*, pp. 69-70 ; H. Gazin, *op. cit.*, pp. 453-454 (cet auteur distingue en général la personne et le patrimoine, v. pp. 454-455, l'obligation comme droit en valeur sur un patrimoine tiers, il cite Gaudemet, Jallu et Cazelles). Cf. Minéi ; M. de Juglart, *Obligation réelle et servitude*, thèse Bordeaux, 1937 ; S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960, p. 23 (« un « droit réel indéterminé » frappant le patrimoine entier du débiteur, au point que créancier et débiteur ne seraient plus, en quelque sorte, que les « représentants juridiques de leurs biens », et il indique, comme ayant esquissé l'idée, E. Gaudemet, comme l'ayant développée, O. Jallu, et comme l'ayant poussée à sa limite extrême, H. Gazin ; p. 35-36. V. N.-M. Lesenne, *La propriété et ses démembrements*, Paris, 1858 (cité par S. Ginossar) ; J. Carbonnier, *Droit civil* , coll. Thémis-Droit privé, 4ème éd., Paris : Puf., 1964, t.2, n°38, p. 67 ; F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1ère éd., Paris : Puf, 1988, n°195, p. 214 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n°15, *Etat des questions* (sur le droit réel et le droit personnel) mentionne R. Saleilles comme le premier qui ait « essayé de « dépersonnaliser » l'obligation du côté du débiteur » (*Essai d'une théorie générale de l'obligation, l'après le projet de Code civil allemand*, Paris : F. Pichon 1890). La source, ici encore, est germanique.

[62] D. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », *Dalloz.* 2002 (n° 44 du 19 décembre 2002), p. 3279.

[63] Néanmoins, voir le cas de la reprise par une société des dettes contractées par ses fondateurs (qui s'en trouvent libérés) ; C. Boutry, « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *JCP éd. Notarial* 2000, p. 1855. Loi du 24 juillet 1966, art. 5. Com., 12 fev. 1974.

[64] M. Planiol parle des dettes comme de « droits patrimoniaux », M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1905, t.3, n°2152, p. 677. Cf. la récente tentative de Martin (précité *supra*).

créance étant objet de propriété, l’on conçoit que le régime des biens, et, ici, en particulier des biens indivis, puisse être étendu à celui des créances.

Ces idées sont importantes pour l’influence qu’elles exercent sur le droit positif de la succession et de l’indivision. Mais l’on nous pardonnera d’abréger l’exposé des fondements théoriques et idéaux élaborés pour expliquer et pour servir d’appui aux règles dont nous avons abordé l’examen.

C’est dans des contextes tels que celui de la liquidation successorale que prennent racines les théories du patrimoine d’affectation, comme celle de la réification de l’obligation. Ici l’imagination peut se donner libre cours. L’on assistera d’ailleurs peut-être à l’avenir à une lutte entre les doctrines du patrimoine et les succédanés de l’idée de propriété collective chère à Planiol[65]. L’époque invite à jeter bas, pour le progrès de la marche de l’esprit humain vers toujours plus d’autonomie, les chaînes qui le relient aux subtilités romaines du droit civil. Pour notre sujet il est donc crucial que nous précisions ce qu’il convient d’entendre par *obligation*. C’est dans cette optique que nous donnerons ici un essai d’explication de la mauvaise compréhension dont cette notion fait l’objet, et, par elle, de la déformation que subit la notion de personne.

[65] Cf. sa thèse de doctorat sur le bénéfice d’inventaire où il consacrait déjà l’exception à la confusion des patrimoines (*précitée* note 14).

## Section 2
## Arguments nouveaux pour une restauration de la véritable conception classique

**70.** **Coherence de la transmission successorale et des objets principaux du droit civil. —** Le décès d'une personne pose, en droit strict, la question du régime des biens qui lui appartenaient et des obligations dont elle était le sujet[66]. Et, en réalité, cette question soulevée par la mort, avant même les réponses qui y seront données, suppose une conception bien précise de la propriété et de l'obligation. Propriété et obligation sont déjà des notions juridiques classiques, par conséquent la question du décès, et la réponse qui y est apportée, sont formulées dans des catégories fixées au sein du même système. Le droit répond à une question qu'il s'est lui même posée. Nous allons donc envisager, en tant que telles, ces notions : la personne, la propriété et l'obligation ; avant de proposer un essai d'explication de la confusion dans laquelle elles sont actuellement.

### § 1
### *Les dettes, la propriété et la personnalité*

**71.** **Definition classique personnaliste de l'obligation. —** La notion spécifiquement juridique d'obligation tient dans l'idée d'une relation, un *lien*, ainsi que l'indique l'étymologie de la racine du mot, personnel. Il convient d'entendre par obligation une relation entre deux personnes, dans laquelle l'une,

[66] Mais il est des droits extra-patrimoniaux que les créanciers ne peuvent saisir et qui ne sont pas concernés par la transmission successorale. La défense de l'honneur, l'action pour un procès en réhabilitation (même celui qui a renoncé à la succession peut agir), ou l'établissement d'une filiation posthume.

le créancier, peut exiger quelque chose de l'autre, le débiteur[67]. Lorsque l'on parle d'obligation, de créance et de dette, l'on exprime cette relation *personnelle*, tantôt globalement, tantôt sous le point de vue de l'un ou de l'autre[68]. Debiteur et créancier sont les acteurs de la même relation d'obligation. Il n'existe donc pas de dette ou de créance en soi dans la nature, comme il peut y avoir des biens, qui existent indépendamment de leur appropriation (*res derelictae*). En matière d'obligation nous ne connaissons que le créancier et son débiteur, c'est-à-dire une personne qui a fait crédit à une autre qui lui doit quelque chose. Même si cela n'empêche pas l'obligation d'être, comme la propriété, un rapport de la personne *et des biens*, il n'en demeure pas moins que le rapport en question n'est pas immédiat comme il l'est dans la propriété[69]. D'après la conception que ses opposants stigmatisent comme romaine et archaïque, l'obligation se distingue essentiellement et traditionnellement de la propriété, en ceci que le droit du propriétaire est *ad rem*, tandis que celui du créancier est *ad personam*[70]. La théorie classique ne conçoit pas la dette autrement que comme l'aspect sous lequel, dans son rapport à autrui, apparaît une personne.

[67] M. Planiol, *op. cit.*, n°2153, p. 677, distinction des droits réels et de l'obligation, « une des notions essentielles du droit, et une des plus difficiles à acquérir au début des études. » « difficile à bien saisir » « notions les plus générales, et par conséquent les plus abstraites du droit ». Cf. R. von Ihering. L'on peut consulter, sous la rubrique des droits réels et personnels, les traités de droit civil, que ce soit dans leur introduction générale, leurs parties obligations, procédure civile ou voies d'exécutions.
[68] L'on parle parfois d'obligation active (pour la créance) ou passive (pour la dette), comme l'on peut parler, en matière d'inventaire et de liquidation, de dette (au sens d'obligation) active ou passive (Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1871, t.4, § 296, p. 3, note 4).
[69] D'ailleurs, réciproquement, la propriété est elle aussi une relation entre des personnes, mais ce n'est, là encore, qu'indirectement (cf. la thèse très exagérée de la propriété privée comme relation d'obligation absolue, entre le propriétaire, créancier, et le reste de l'univers, débiteur).
[70] Cf. *supra* n°18 et 67.

**72.** **LA LIQUIDATION. —** Il nous semble que c'est par le biais de la propriété que l'obligation est liée à la personnalité. Cela exige une explication. Pour aller directement à l'essentiel, considérons l'hypothèse où le créancier cherche et peut exiger l'obtention d'une somme d'argent[71]. Cette obligation a donc pour objet un transfert de valeur, un mouvement réel qui doit s'opérer en faveur du créancier. Même si en pratique le débiteur peut parfois procéder librement lui-même aux opérations de paiement que nous allons décrire, il sera plus clarifiant d'envisager immédiatement le cas ultime où le créancier provoque l'exécution forcée de l'obligation[72]. Hormis l'hypothèse où le débiteur disposerait directement de fonds, de liquidités, ce qui permettrait de verser directement l'argent au créancier[73], il faut, afin de se procurer de l'argent, procéder à la *réalisation* de

[71] Il arrive d'abord que dès le départ l'argent soit l'objet direct et immédiat de l'obligation, en tant que ce qui est dû initialement. Mais non point toujours, certes. Et l'on distingue les obligations (qui souvent sont d'ailleurs la contrepartie d'une somme d'argent) de donner un bien (à condition que ce soit une chose de genre non individualisée, et non un corps certain ou une chose de genre individualisée, sans cela il s'agira, lorsque le « débiteur » en dispose, de procéder à une expropriation-attribution, et ce n'est plus d'obligation à strictement parler qu'il s'agit), ou, lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire quelque chose, une action ou une inaction de la personne. Néanmoins, dans de tels cas, l'obligation, en cas d'inexécution, se résoud en dommages et intérêts (art. 1142 C. civ) ou, sauf en cas d'obligation à caractère personnel, par une exécution aux frais du débiteur (art. 1143-1144 C civ), donc en définitive dans tous les cas par une somme d'argent. (Exécution par équivalent lorsqu'elle ne peut plus l'être en nature, art. 1142 C. civ. Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur).

[72] La liquidation du passif opère sous la contrainte dans diverses hypothèses. Un débiteur peut déjà tout simplement, quoique solvable, ne pas vouloir payer. Mais souvent il ne vaut mieux pas, pour le créancier, que son débiteur paye librement. Le crédit d'une personne se mesure à l'aune de la capacité qui lui est reconnue d'honorer ses engagements, c'est-à-dire de faire face à son passif exigible grâce à son actif disponible. Le paiement est différé et tant qu'il n'a pas lieu, l'on ne peut être absolument certain qu'il aura lieu. Le créancier court toujours le risque, inhérent à l'obligation, que sa créance ne soit pas honorée. Car l'obligation n'implique évidemment pas que le débiteur a les moyens matériels d'honorer entièrement sa dette. Une dette peut théoriquement et pratiquement reposer sur le chef d'une personne qui n'a pas suffisamment d'actif pour faire face à son paiement. L'exécution forcée est à cet égard pour lui une garantie. Et comme à l'instant où la personne débitrice a plusieurs créanciers, il sont en conflit, au moins potentiellement – dans la mesure du risque encouru - les procédures d'exécution et le droit des sûretés ont précisément pour objet de régir ce conflit et de répartir les risques de n'être pas payé comme les chances de l'être.

[73] En comptabilité, l'argent est pris en compte à l'actif du patrimoine. Le débiteur crédite son compte caisse et le créancier débite son compte caisse.

l'actif du débiteur. L'idée de la saisie est de procéder à la *vente*[74] d'un bien du débiteur, ce qui constitue l'acquéreur du bien débiteur du prix envers le débiteur saisi. La procédure vise à écarter le risque, pour le créancier, que le bien ne soit vendu en dessous de sa valeur, par exemple lorsque le débiteur cherche à organiser son insolvabilité. La procédure garantit aussi que cet adjudicataire dispose bel et bien, lui, des moyens de payer immédiatement le prix en argent[75]. Ce dernier éteint sa dette en payant le prix au créancier poursuivant, à concurrence du montant de la créance de ce dernier, ce qui libère ainsi le débiteur poursuivi[76]. Autrement dit, le créancier poursuivant réalise sa créance sur l'argent dû par le débiteur de son propre débiteur, comme c'est aussi le cas, avec moins de garanties, dans la saisie-attribution[77].

**73.** LIEN DE L'OBLIGATION ET DES BIENS DANS LE CADRE DES POURSUITES. — L'on comprend alors comment, par le biais de l'argent, l'obligation est relative aux biens. Les liquidités que détient le débiteur, les biens saisissables qui lui

[74] La *dation* du bien au créancier en paiement n'est possible que consentie tant par le débiteur que par le créancier.

[75] Sur la lutte contre le fol enchérisseur v. actuellement les art. 2205 et 2212 C. civ. Rappr. la question de la soulte, dans le partage, qui doit absolument être garantie. Cf. la façon dont M. Grimaldi prend le problème : 6ème éd., Paris : Litec, 2001, pp. 899 et 902.

[76] Entre créanciers la répartition du prix est fonction d'un classement entre privilégiés et non-privilégiés, puis entre bénéficiaires d'un droit de préférence (comme les créanciers hypothècaires), entre eux soumis à un ordre, et simples chirographaires entre lesquels le prix se distribue par contribution. L'action paulienne, lorsque le débiteur a vendu au préalable et que le prix, payé, ne se retrouve plus en argent, vise à rendre la vente inopposable au créancier.

[77] Remarquons que c'est ce cas de figure que l'on rencontre d'emblée avec la saisie attribution (anciennement saisie arrêt), lorsque le débiteur poursuivi a d'ores et déjà un débiteur. Les fonds dus au débiteur saisi seront alors versés au créancier saisissant. Mais cela suppose évidemment qu'en fait ce débiteur du débiteur initial est lui-même en mesure d'honorer son engagement. Ce que rien ne garantit. Si jamais ce débiteur est lui-même insolvable, il sera nécessaire d'exercer de nouveau une saisie, par l'action oblique, et, à l'occasion, ainsi de suite, débiteur après débiteur, jusqu'à ce que l'on aboutisse à un paiement effectif. C'est pourquoi seule la vente forcée d'un bien appartient directement et immédiatement au domaine des voies d'exécutions *stricto sensu*. Enfin il existe d'autres techniques du droit des obligations qui aboutissent au même résultat, mais dans le détail desquels il n'est pas nécessaire d'entrer ici.

appartiennent, et les créances qui lui sont dues, forment, avec cet ensemble actif susceptible de répondre sous la contrainte au paiement de sa dette, l'assiette de son engagement. L'article 2092 du Code civil[78] confére en effet au créancier un droit de gage général sur le patrimoine de son débiteur. Le droit du créancier de saisir un bien pour être payé *peut*, sauf certaines limites[79], s'exercer sur chacun

[78] Aujourd'hui art. 2284 (Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006).

[79] Comme l'insaisissabilité (et les biens insaisissables ne figurent pas à l'actif du patrimoine), l'inaliénabilité, l'indisponibilité. Nos systèmes juridiques interdisent absolument les mesures de saisie sur la personne du débiteur (qui consisteraient, pour l'adjudicataire, à se porter acquéreur, à payer la dette, puis à libérer ou à réduire en esclavage le corps du débiteur). L'impossibilité de l'exécution forcée sur le corps humain explique l'insaisissabilité des « provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire » (art. 14, 2°, L. du 9 juillet 1991), car il y va de sa survie.
Non seulement le corps, mais de nombreuses autres choses sont insaisissables, pour la même raison, à commencer par les extensions les plus immédiates de ce corps, comme les prothèses (…), mais encore ce qui garantit la conservation de la vie, comme « les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinées aux soins des personnes malades » (art. 15, 5°, L. de 9 juillet 1991), et aussi « les objets et produits nécessaires aux soins corporels » (art. 39, al. 5, D. du 31 juillet 1992), et puis enfin ce qui habille le corps, « les vêtements » (art. 39, al. 2, D. du 31 juillet 1992), et ce qui les accompagne, « une machine à laver le linge » (art. 39, al. 11, D. du 31 juillet 1992 ; la jurisprudence décidait déjà en ce sens : Riom, 31 mars 1978, *D.* 1978. 532, note Almairac).

des biens, meubles ou immeubles, qui, à l'instant, se trouvent *appartenir* à son débiteur. Avant les poursuites, le droit du créancier n'est encore qu'une potentialité qui pèse sur tous les biens en général et sur aucun en particulier. La subrogation réelle opére au sein de l'universalité qu'est le patrimoine de telle sorte que, lorsque le débiteur aliéne un bien, il échappe au gage du créancier[80]. Si

---

Est aussi insaisissable tout ce qui est indispensable à la survie du corps, à commencer par les aliments au sens premier, ce qui est comestible à cet omnivore qu'est l'être humain, « les denrées alimentaires » (art. 39, al. 6, D. du 31 juillet 1992), et avant même qu'elles soient cuisinées, comme « les animaux destinés à la subsistance du saisi, ainsi que les denrées nécessaires à leur élevage » (art. 39, al. 16, D. du 31 juillet 1992 ; l'art. 592 du Code de procédure civile [ancien], abrogé par D. du 31 juillet 1992, mentionnait, en son alinéa 15 : « deux vaches, ou douze chèvres ou brebis, au choix du saisi, ainsi qu'un porc et vingt-quatre animaux de basse-cour, avec les paille, fourrage, grains et autres denrée nécessaires à l'alimentation de ces animaux jusqu'à la récolte suivante »), mais aussi ce qui est indispensable à leur préparation cuisinée, « les objets ménagers nécessaires à la conservation, à la préparation et à la consommation des aliments » (art. 39, al. 7, D. du 31 juillet 1992 ; la jurisprudence décidait déjà en ce sens, TGI Evry, 10 février 1978, *Dr. prat. jud.* 1978. 885, note Faget (pour les élements de cuisine), Riom, 31 mars 1978, *D.* 1978.532, note Almairac (pour le réfrigérateur), ainsi que ce qui concours au rituel du leur ingestion, « une table et des chaises permettant de prendre le repas en commun » (art. 39, al. 9, D. du 31 juillet 1992) ; enfin ce qui sert au sommeil réparateur du corps, « la literie » (art. 39, al. 3, D. du 31 juillet 1992) et à ne pas le laisser se frigorifier, « les appareils nécessaires au chauffage » (art. 39, al. 8, D. du 31 juillet 1992), et, pour finir enfin, « les objets et produits nécessaires à l'entretien des lieux » (art. 39, al. 5, D. du 31 juillet 1992) et « un meuble pour abriter le linge et les vêtements et un meuble pour ranger les objets ménagers » (art. 39, al. 10, D. du 31 juillet 1992). Tout cela est compris par le législateur comme « biens mobiliers nécessaires à la vie… du saisi et de sa famille » (art. 14, 4°, L. du 9 juill. 1991), mais il y a encore le travail (*ibid.*), qui fait vivre lui aussi. C'est pourquoi on protège le travail, dans son avenir, en interdisant la saisie « des livres et autres objets nécessaires à la poursuite des études ou à la formation professionnelle » (art. 39, al. 12, D. du 31 juillet 1992), dans son présent, car « les instruments professionnels de travail nécessaires à l'exercice personnel de l'activité » (art. 39, al. 17, D. du 31 juillet 1992) sont insaisissables, et enfin dans son passé et au travers de ses fruits puisque chacun sait qu'une fraction alimentaire du salaire est parfaitement insaisissable (…). A tout ceci le législateur a ajouté « les objets d'enfants » (art. 39, al. 13, D. du 31 juillet 1992), « les souvenirs à caractère personnel ou familial » (art. 39, al. 3, D. du 31 juillet 1992) et les animaux d'appartement ou de garde » (art. 39, al. 15, D. du 31 juillet 1992). En 1997 le législateur a ajouté un 18[e] alinéa à l'article 39 (D. du 17 avr. 1997) pour rendre insaisissable « un poste téléphonique permettant l'accès au service téléphonique fixe. » Il y a beaucoup de jurisprudence en ce domaine. A ce jour et sauf erreur de notre part le téléviseur n'est toujours pas saisissable, TI Caen, 28 oct. 1981, *Rev. huiss.* 1982. 331, note Lescaillon.

Autant d'objets inertes ou vivants qui « participent » de l'être du débiteur, au sens où les anthropologues relèvent que la personnalité primitive s'étend à des objets du monde par une sorte de sympathie (L. Lévy-Bruhl, *L'âme primitive*, coll. Quadrige, Paris : Puf, 1996). Sous cette rubrique nous pourrions mentionner aussi les œuvres d'art dont le débiteur est l'artiste, les manuscrits lorsqu'ils sont inédits, ainsi que le droit moral de l'auteur sur son œuvre.

L'on rapprocherait utilement une telle liste de celle de certains biens qui, en régime de communauté, sont propres par nature parce qu'ils ont « un caractère personnel » (les vêtements et linges, etc.) et les droits « exclusivement attachés à la personne » ; art. 1404 C. civ.

[80] Sauf constitution d'une sûreté réelle, qui confère au créancier un droit de suite.

mystère juridique il y a dans l'obligation, c'est bien celui par lequel le débiteur est ainsi responsable de son paiement. Tel est le point sensible de la notion de personne.

**74.** PERSONNALITE ET PROPRIETE. — La propriété d'un bien est une relation sociale d'accaparement et d'exclusion d'autrui[81]. La propriété est une manifestation de la *potestas*, exercée sur des choses présentes, en nature, qui sont des corps (et non des incorporels), meubles ou immeubles. La *potestas* est un attribut de la personnalité juridique. Etre propriétaire, c'est être une personne qui a un bien à son actif. Etre propriétaire et être une personne c'est la même idée, parce que la personnalité juridique se définit comme la capacité à être propriétaire. En effet, traditionnellement, en droit civil, la personnalité, au sens juridique spécifique du droit civil, se définit comme la capacité d'être, effectivement ou même seulement potentiellement, propriétaire, c'est-à-dire sujet du droit de propriété[82]. Néanmoins le terme de propriété est ambigu. L'on parle fort justement de propriété pour désigner le bien meuble ou immeuble approprié. Mais l'essentiel, pour notre thème, c'est qu'il n'y ait pas de propriété en un sens autre que pour désigner précisément ces corps appropriés. Un bien approprié – une propriété – suppose toujours l'existence de la personne de son propriétaire. En toute rigueur il n'y a pas de droit de propriété mais uniquement des propriétaires, c'est-à-dire des personnes qui ont des biens. L'ensemble des

[81] L'idée d'accaparement et d'exclusion sous-entend que le bien en question, auparavant (dans l'état de nature), était commun ou inapproprié.
[82] Cf. *supra* n°54, texte et note.

divers biens meubles et immeubles qu’une même personne s’est appropriée composent son patrimoine.

**75.** **DEFINITION DE LA PERSONNE, PROPRIETAIRE, CREANCIER, DEBITEUR. —** Par définition, l’appropriation, ne serait-ce que potentielle, ne saurait être le fait que d’une personne capable[83]. La conception classique de la propriété culmine dans la notion de personne. Le terme de personne[84] est issu du latin *persona*, qui signifie à proprement parler masque de théâtre, et qui a donné aussi personnage, rôle joué sur scène[85] et, par extension, acteur. En référence à cet étymon, souvent l’on dit qu’en droit, être une personne, c’est jouer un rôle. En société, la personne noue avec autrui des relations relatives aux biens. Et donc, en droit, être une personne, c’est incarner un personnage pris dans un certain type de rapports sociaux, des rapports reconnus socialement et relatifs aux biens (terre et meubles) et à l’argent.

[83] *La propriété n’est que la périphérie de ma personne étendue aux choses*, disait R. von Ihering (dans *La lutte pour le droit*, 9ème éd., Paris : 1890, p. 46).

[84] Le sens n’est pas figé dans la lettre. (Gaius,*Institutes*, Paris : Les belles lettres, 1991 ; Louet, *Recueil d’arrêts*, 1742, t.2, p. 491 : Qu’il ne faut pas toujours s’attacher aux mots pour faire une bonne Jurisprudence, il faut pénétrer plus avant que l’écorce et la surface, & venir au sens, qui est l’âme, l’esprit & la moelle de la loi. Cf. l’interprétation judaïque [Laurent ?].) En Droit comme partout il n’est donc pas rare de voir une même réalité exprimée sous des termes différents. Pour désigner la notion que nous étudions l’on tolère ainsi l’emploi des vocables d’*être*, d’*entité*, de *corps*, de *sujet*, d’*homme* ou de *personne*. Mais cette dernière appellation est la plus convenable.

[85] *Le grand Gaffiot*, v° persona ; *Le petit Robert*, v° personne. Les étymologistes ont longtemps expliqué que le mot était un composé de *per* et de *sonare*, *persona* désignant *ce d’où le son provient*, parce que dans le théâtre romain antique l’on avait doté l’embouchure des masques de lamelles métalliques destinées à amplifier la voix des acteurs. Mais aujourd’hui cette explication est tenue pour fantaisiste. Le mot ne serait pas latin d’origine mais proviendrait de l’Etrusque [φ, *ersu*]. Selon une suggestion faite par E. Benveniste à M. Mauss ; A. Bailly, *Dictionnaire Grec-Français*, Paris : Hachette, 1906, l’on se demande si les Etrusques ne l’auraient pas eux-mêmes emprunté au Grec πρσδωπον [προσωπειον,ου (το)], qui signifie également masque, *Dictionnaire Grec-Français*, p. 1682, 3ème colonne en bas, masque de théâtre, masque et *acteur*. Dès lors, pour savoir si ce ne serait pas un mot de souche indo-européenne il faudrait voir le Celte, les langues slavo-germaniques, le perse et l’indien.

Dès lors que seule une personne est susceptible, en tant que propriétaire, de présenter des garanties de paiement, l'on comprend que seule une personne soit susceptible d'être débitrice[86]. Réciproquement, seule une personne peut être créancière, puisque seule une personne peut s'approprier l'objet du paiement. La dette ou la créance sont liées à la personne autant que l'est la propriété. Et traditionnellement, en droit civil, la personnalité, au sens juridique spécifique du droit civil, inclut la capacité d'être effectivement, ou même seulement potentiellement *créancier* ou *débiteur,* c'est-à-dire sujet d'obligation, que ce soit donc activement ou passivement[87]. Etre doté de la personnalité juridique au sens spécifiquement civiliste, être une personne juridique, c'est être capable d'être propriétaire, créancier et débiteur[88].

[86] En outre, pour s'obliger de manière contractuelle ou quasi-contractuelle, il faut que ce soit par le fait de s'être *approprié* un bien du créancier.

[87] Tels sont d'après nous les termes de la définition de la personne au sens où l'entendent les civilistes (cf. supra sous n° 54). Et si tant est que le sens civiliste des termes puisse encore de nos jours élever la prétention de dominer sur le vocabulaire juridique, c'est donc ainsi que nous désignerons le sens proprement et strictement juridique du mot. Nous pensons que telle est la bonne compréhension du sens juridique du terme de personne. En outre, dans le fond, le mot *personne* pris dans son acception juridique *naturelle et normale* coïncide avec le sens commun. En effet, l'acception juridique *orthodoxe* du terme de personne est la même que celle du langage courant. Dans les sociétés dont la culture est formée au moule du droit romain, le sens propre et commun du mot personne est juridique. Les mots prennent en matière juridique un sens qui diffère le plus souvent, ne serait-ce qu'en complexité, de celui qu'ils reçoivent de l'usage courant. C'est le cas du terme de *personne*, qui, dans le contexte romain antique puis dans celui des langues romanes, a toujours visiblement d'abord appartenu à l'univers des arts dramatiques (voir *Dictionnaire historique de la langue française*; dictionnaires italien, espagnol, portugais, roumain). Or, dès l'époque du droit romain et jusqu'à nos jours, le vocable a trouvé un emploi juridique qui désigne tout autre chose. Le sens juridique naturel vise la racine, trop souvent inaperçue, du sens commun et même de l'usage vulgaire du mot. Eclaircir le sens juridique c'est donc bien donner le sens commun adéquat. Une certaine anthropologie nous dit que notre concept de personne est culturel, qu'ailleurs la vision de l'homme est différente. Parmi toutes les facettes de la personnalité l'on doit bien tenir compte d'une dimension, en l'homme, qui est juridique, précisément. C'est uniquement celle-ci qui nous intéresse. L'étude juridique de la personne aurait donc la vertu de dévoiler le sens général du terme.

[88] Cf. ce que dit H. Kelsen (*Théorie pure du droit*, 2ème éd., Neuchâtel : Baconnière, Etre et penser, cahiers de philosophie,1988, pp. 175-180) de la distinction de la propriété et de l'obligation, et de la primauté donnée à celle-ci dans la « science du droit », « la doctrine » ou « la théorie traditionnelle », il donnait ses sources et l'on pouvait constater qui il entendait par ses expressions : Grotius, Pufendorf, Hegel, Hobbes, Puchta.

**76.** **Ouverture de la succession.** — Or, une personne qui meurt[89] sort du commerce mondain de la société des hommes libres. C’est pourquoi, morte au monde du droit civil[90], elle devient incapable d’être de son propre chef propriétaire. La personne propriétaire ne saurait-être qu’un être humain vivant[91]. Dès lors, le défunt, privé de cet aspect de la personnalité spécifique du droit civil qu’est la capacité d’être propriétaire, n’est plus une personne[92].

[89] Mort naturelle ou mort civile. La mort civile relève 1) du droit de la guerre, car tel est le statut du prisonnier de guerre (à Rome c’est le sort du Romain tombé vivant aux mains de l’ennemi, capturé), 2) de la politique, sous la Révolution c’est le statut des émigrés et ce peut-être celui de l’étranger, 3) du droit pénal, car c’est une conséquence attachée à la condamnation à mort ou à la privation de liberté, 4) du droit commercial, ce peut être une sanction du failli (et un bon moyen, en ouvrant sa succession, d’organiser la liquidation de ses biens tout en lui interdisant pour l’avenir toute opération frauduleuse), 4) la raison peut-être encore sanitaire, ce fut le statut du lépreux, 5) ou religieuse, pour terminer, le prononcé des vœux religieux solennels entraînant également mort civile.
En dehors de ces cas qui relèvent strictement de l’institution de la mort civile, il y a des situations qui lui sont apparentées, ce sont la disparition et l’absence déclarée. Mais le régime du disparu et de l’absent se fonde ici, et contrairement au cas de mort civile, sur ce que l’on présume l’intéressé mort. Le rapprochement suppose un *hiatus* entre la présomption de droit et la réalité, le disparu et l’absent étant vivants en réalité. Or dans cette voie l’on ne s’arrêterait plus et l’on pourrait citer le cas des clandestins et des indigents que le Droit ignore, ou le cas d’un individu vivant déclaré mort par erreur.
Dans l’étude l’on greffe couramment l’institution de la mort civile à celle de l’esclavage. L’esclavage (ou la servitude) est l’état, contraire de la liberté, de celui qui vie sous la puissance d’un maître. Chacun sait que pour Aristote l’esclavage était de droit naturel. L’institution existe encore aujourd’hui en droit positif, dans certaines sociétés, et par exemple en Islam elle est reconnue bien fondée.
[90] Les expressions de mort civile et de *capitis diminutio* (pour la réduction en esclavage) suggèrent qu’au sein de la personne au sens large il y a une personne civile qui peut mourir sans que l’homme n’en perde la vie. Mais ce n’est pas que des deux aspects de la personnalité l’un serait en quelque sorte plus fortement arrimé à l’être humain. Il n’y a pas d’aspect plus ou moins naturel que l’autre.
[91] Cf. *supra*, n°56.
[92] Cette même nuance dans la compréhension de la notion de personne explique une dispute qui eût lieu entre Toullier et Marcadé, à la suite duquel se sont rangés tous les auteurs français du XIXème siècle. Toullier avait prétendu que la personne, en Droit, c’était le rôle que chacun joue dans la société. Il pensait au rôle en général. Marcadé, qui pensait au rôle particulier, spécifique du droit civil, lui avait répondu qu’il serait invraisemblable de se marier, par exemple, pour, changeant d’état, donc de personnalité, ne plus avoir à honorer les dettes contractées sous l’état précédent ; C.-B. M. Toullier, 6ème éd. par Duvergier, Paris : Cotillon, 1846, vol. 1, n°166-185, pp.124-132. V. N. Marcadé, 5ème éd., Paris : Cotillon, 1859, vol. 1, n°97-101, p.74-81.

D’où surgit la question du sort des biens laissés par “celui qui émigre de la vie” (Cicéron, *De legibus*, II,19). Et l’on pourrait s’attendre à ce que meubles et immeubles tombent à l’abandon et soient à la merci de qui voudra s’en faire le premier occupant[93], ou bien peut-être qu’ils tombent aux mains de l’Etat, les immeubles tout au moins, en vertu du droit suréminent de l’Etat sur toutes choses[94]. Les premiers intéressés par cette question du devenir de la masse successorale, ce sont les créanciers du défunt.

Il faut tenir compte des dettes contractées de son vivant par le *de cujus*[95], c’est-à-dire de ses créanciers[96]. Le décès ne pose pas un problème moindre pour les obligations que pour la propriété. Les créanciers du défunt pourraient craindre de voir leur demande repoussée, jugée irreçevable faute d’une personne à qui l’adresser, puisque leur débiteur n’est plus de ce monde. (Quant aux débiteurs, ils pourraient espérer être quitte, aussitôt libérés de leur dette faute de

[93] Une chose abandonnée retombe dans un état qui permet à quiconque de s’en rendre propriétaire originaire par occupation.
[94] L’Etat a un droit sur les choses sans maître.
[95] Dettes contractées *lato sensu*, c’est-à-dire non pas seulement nées à cause d’un contrat mais contractées comme l’on dit d’une maladie qu’elle se contracte ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, coll. droit fondamental, 2[ème] éd., Paris : Puf, 1998 (dans le sens de cette acception : Com., 4 mai 1999, *Rtd com.*, 1999 p. 635, obs. Derruppé). Les dettes délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contractuelles se transmettent aussi bien que les dettes contractuelles. Cf. le cas des dettes nées d’un délit ou d’un quasi-délit à cause d’un dommage *moral*. Ne pas confondre la question de la transmission des dettes et celle de la transmission des créances.
[96] La casuistique de l’indivision successorale met souvent en scène le créancier du défunt. C’est le cas pour deux des affaires les plus célèbres de la matière, en jurisprudence. Dans l’affaire Rolland, ce dernier était le créancier du défunt, le sieur Deschamps père, et il était devenu créancier des indivisaires, dont était Léopold Deschamps. Dans une affaire Frécon, Dame Gustave Frécon, née Franchon, était simultanément créancière du *de cujus*, Auguste Frécon, et créancière personnelle d’un indivisaire, Gustave Frécon, (tenu lui-même au rapport d’une libéralité envers l’indivision successorale).

créancier vivant.) Or, si cela est vrai pour certaines obligations à caractère personnel marqué, pour le reste absolument rien de tel ne se produit[97].

[97] Pour la plupart, mais il faut toujours penser au cas des obligations intransmissibles. En ce qui concerne le côté débiteur des choses (pour lequel l'adage selon lequel les dettes adhérent au squelette trouve une assez bonne occurrence), la dette alimentaire (Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867 – 1879, t.1, § 82, pp. 325-328 ; P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°85, p. 148, qui présente un caractère strictement personnel, ne se transmet pas ; sauf dette conventionnelle ou indemnitaire. Néanmoins, jusqu'à il y peu, le devoir de secours qui obligeait le *de cujus* envers son époux ou son ex-époux (art. 212 C. civ), se transmettait à ses héritiers (art. 284 C. civ., abrogé par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 ; cela pouvait s'expliquer par la condamnation du *de cujus* à payer cette pension) et subsistait jusqu'au décès du créancier. A noter que le devoir de secours peut aller jusqu'à la prise en compte des frais d'obsèques du créancier. Si une telle obligation ne s'est jamais transmise activement, vu que du côté du créancier elle présente un caractère alimentaire, côté créancier précisément, le droit à des aliments est intransmissible aux héritiers. Ce droit présente d'ailleurs un caractère inextinguible. Jadis en cas de mort civile ces droits restaient au *de cujus* qui conservait le droit de réclamer des aliments, son droit à une pension justement dite alimentaire, le droit d'usage ou d'habitation constitué à titre gratuit, jusque y compris la faculté de recevoir, même à titre gratuit, lorsque c'était encore pour cause d'aliment (art. 25 C.civ., cité par Aubry et Rau, *op. cit.* [donc en 18..]). Comme il n'était pas question de nier que l'intéressé était en vie (puisque précisément l'on faisait *comme si* il était mort), ces règles étaient commandées par la logique : il n'était pas question de lui interdire en quelque sorte de survivre, faute d'aliments, à sa propre mort civile. Et la dette continuait donc de peser sur les débiteurs d'aliments, par delà la mort civile de leur créancier. Renoncer à la succession du *de cujus* ne leur faisait pas échapper à leur obligation. Rappr. les biens insaisissables ; ces biens n'échapperaient pas tous au successeur, pas plus qu'ils ne sont forcément indisponibles, mais sans doute que si la mort civile revenait tout ce qui peut échapper à l'appréhension du créancier échapperait à celle des héritiers. En outre, il est curieux que la charge des frais funéraires soit à la charge du même cercle des proches et de leurs descendants qui étaient débiteurs d'aliment du vivant du *de cujus*, et qu'ils ne puissent s'en délester en renonçant à la succession. Ils y sont tenus indépendamment de toute vocation successorale (P. Raynaud, *op. cit.*, p. 164 : « l'héritier qui renonce à la succession n'est pas moins tenu des frais funéraires s'il était débiteur alimentaire du défunt », Trib. civ. Seine, 7 janvier 1902, *D.* 1902.2.174 ; 9 janvier 1956, *J.C.P.*1956.II.9294, *Rtd civ.* (1956), 563, obs. Savatier. Nous y voyons une sorte de perpétuation de la créance *alimentaire* du défunt. Le culte rendu au mort et la protection de sa mémoire sont à la charge d'un cercle de proches qui coïncide exactement avec ceux qui sont tenus de l'obligation alimentaire. Comme si les aliments continuaient d'être dus au mort. Nous touchons là aux racines du culte des morts qui consiste à les parfumer, à les habiller, à leur construire une demeure, à leur donner des repas et à leur parler. Cf. le descriptif des biens insaisissables, que nous retrouvons là. Le cadavre (en cendre ou non ; cf. X. Labbé, « Les dieux Lares ou l'urne cinéraire à domicile », *D.* 2001.2545-2546 ; lui-même et ce qu'y s'y attache, comme une dent en or ; Cicéron, *Traité des lois*, II, 24, trad. De Plinval, Les belles lettres, 1968, n°60, p.75), pas plus que le corps n'est saisissable, ne sera pas plus « continué » par le successeur que compris parmi les choses à lui transmises, ou parmi les biens saisissables. Aller plus loin supposerait d'envisager le statut des reliques, en droit canonique (v. J. Gaudemet, *Le droit canonique*, Paris : Cerf, 1989, p. 51). Les règles d'insaisissabilité trouvent leur parallèle dans le fait que l'on brûle ou que l'on enterre le cadavre avec certains biens, qu'une sorte de demeure lui est construite et même que dans certaines contrées il reste entouré de ses armes, de certain mobilier, voire de ses concubines et de ses esclaves. Obligation alimentaire envers le vivant et devoir envers le mort relèvent donc bien du même esprit. Aux dires de Cicéron, dans l'ancien droit pontifical, le culte rendu au défunt ne dépend plus de la transmission successorale. On peut aussi être chargé de défendre l'honneur et la mémoire du mort sans être son héritier. L'un n'implique pas l'autre. L'honneur du défunt, sa mémoire et sa renommée ne sont pas saisissable par ses créanciers et n'ont pas à être transmis successoralement à ces héritiers qui ont leur propre honneur et qui travaillent à leur propre renommée. Mais la protection et la défense, au besoin devant la justice, des droits du défunt, passe au cercle de ses proches indépendamment de sa succession. Aujourd'hui on ne comprendrait pas que celui qui a renoncé à la succession du

### § 2
### *Origine des critiques adressées à la notion classique d'obligation recherchée dans le circuit de l'obligation en comptabilité*[98]

**77.** **OBLIGATIONS, BIENS ET REPRESENTATION. —** Si c'est bien, comme on le croit, l'importance économique prise par les obligations qui a gouverné l'apparition historique de l'analyse comptable moderne[99], le déclin de la conception classique de l'obligation s'explique peut-être, ce serait un étrange retour des choses, par

---

défunt ne puisse demander par exemple la réhabilitation posthume de son ascendant. Le droit civil a réussi cette prouesse de séparer la question de l'honneur de celle du paiement des dettes. Le bénéfice retiré de la protection exercée devrait entièrement aller à la sépulture. Le culte des morts repose sur ceux qui avaient en charge l'obligation alimentaire à son égard, et cette charge se transmet ensuite indépendamment de la succession. Il y aurait encore à évoquer la transmission de la tutelle.

Quant à la charge de gérer l'hérédité indépendamment de son acceptation, elle trouvera ailleurs une meilleur place.

Si la contrainte par corps prononcée contre le *de cujus* ne peut pas être exercée contre l'héritier, c'est parce qu'il s'agit là, comme le dit très bien Bourjon, d'une condamnation *personnalissime*. Si l'action civile engagée contre le défunt (ou contre le mort civil pour des faits postérieurs à l'ouverture de sa succession) se poursuit contre l'héritier, ce n'est pas le cas de l'action publique, au pénal, qui vise la conscience du délinquant, dont celle de son héritier reste séparée (dans une formule aux accents théologiques on dira que les fils ne sont pas tenus pour responsables des fautes de leurs pères). Mais si une condamnation à une amende a été prononcée le cas est sensiblement différent (pour rester dans le registre de l'illustration biblique, c'est ainsi que la dette d'Adam a pu passer à toute sa descendance avant que d'être entièrement réglée par le Christ (St J. Cassien, *Institutions cénobitiques*, trad. J.-C. Guy, Paris : Cerf, 1965, t.3, chap. 3, pp. 420-424 : « nous tous, coupables et enchaînés, il nous a libérés, supprimant cette dette en la clouant sur le trophée de sa croix » ; R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, vol. 9, p. 324 [citation du *Decretum Gratiano, pars* 2. *caus.* 24. *quaestio* 3. 1 pour la délicate distinction du poids de la faute et de la charge de sa rétribution]; cf. C. Schmitt, *Le léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole politique*, trad. D. Trierweiler, Paris : Seuil, 2002, p. 76, sur la croix comme ameçon auquel vient s'accrocher le démon). En revanche les peines qui visent le condamné *intuitu personae*, sa liberté, son honneur ou son intégrité physique, comme la détention, la dégradation ou la mort ne sont pas transmises à l'héritier.

[98] R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris : Dalloz, 1969, 528 p. ; A. Boistel, *Théorie juridique du compte courant*, Paris : E. Thorin, 1883 ; Cf. A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Rtd civ* (1984), pp. 801-813.

[99] Les pages qui suivent visent à amorcer une généalogie de la crise actuelle des notions de bien et d'obligation. Cf. M. Foucault, *Les mots et les choses*. Cf. aussi C. Schmitt, qui utilise une image qui permet de concevoir et de dire, de manière plus prosaïque, et aussi plus compréhensible, que les explosions nucléaires qui détruisent actuellement le droit civil ne peuvent se faire sans l'accès à des mines d'uranium. La comptabilité moderne est une de ses mines.

cette même comptabilité[100]. Car celle-ci a beaucoup fait pour fausser la notion d'obligation[101]. Une certaine façon de *prendre en compte* (au sens de la technique comptable) les obligations contribue à troubler les esprits sur leur nature profonde. Il se produit, en comptabilité, un phénomène d'attraction et d'intégration, par la notion de bien, de la relation d'obligation (au départ essentiellement interpersonnelle, même si, comme nous l'avons vu, elle est relative aux biens). Car en comptabilité l'obligation représente un bien.

L'on désigne généralement et plus particulièrement par obligation, le lien dans la phase centrale d'un processus qui commence au moment où l'obligation prend sa source, et qui se termine à son exécution. C'est un temps où règne l'expectative, car l'on ne sait jamais si les biens du débiteur lui permettront d'honorer son engagement. Voyons l'expectative, puis le dénouement.

### A) L'obligation, en comptabilité, dans la phase d'expectative

**78.** OBLIGATION, PAIEMENT ET COMPTABILITE. — Créancier et débiteur n'attendent pas le paiement *effectif* de l'obligation, qui a surgi entre eux, pour procéder, dès cette phase provisoire, intermédiaire entre ouverture de crédit et paiement, à une inscription et à un enregistrement comptable qui se décrivent comme ceux d'un paiement. Il ne s'agit pas d'écriture solennelle ou probatoire, et il ne s'agit pas

[100] La comptabilité en partie double est contemporaine de l'essor économique des villes du nord de l'Italie aux XI, XII et XIIIèmes siècles.

[101] R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, coll. Précis Dalloz, 4ème éd., Paris : Dalloz, 1969 ; J. Raffegeau et al., *Comptable,* coll. Mémento pratique, Paris : Francis Lefebvre, (rééditions régulières), titre 1 Règles de base de la comptabilité, chap. 1 Structures et problématique comptables.

seulement d'une écriture mnémotechnique, mais bien d'une anticipation comptable.

Il faut, ici, commencer d'introduire la notion élémentaire de compte, qui est impliquée d'un bout à l'autre de cette thèse. Du point de vue des comptes, lors de l'enregistrement de l'obligation, tout se passe comme si une valeur était transférée du débiteur au créancier[102]. Il ne s'agit que d'une valeur purement comptable, qui ne représente rien de concret. Il ne s'agit que d'un paiement par représentation, non d'un paiement réel. Néanmoins, comme lors d'un véritable paiement, l'objet comptable signifie, côté créancier, une entrée à l'actif du patrimoine[103], et il représente, côté débiteur, une diminution d'actif[104], une sortie du patrimoine.

### 1) *L'enregistrement de l'obligation côté créancier*

**79.** ENREGISTREMENT DE LA CREANCE, ENTREE FICTIVE D'UN ELEMENT D'ACTIF. — La *présence* d'une valeur patrimoniale active s'enregistre par une inscription en chiffre qui traduit son évaluation en unités monétaires. Or, le créancier enregistre dans un compte sa créance contre autrui en tant qu'entrée de valeur à son actif. Et lorsqu'il dresse son bilan, il fait l'addition de ses créances et de ses biens.

[102] Il est remarquable qu'ainsi même le prêt apparaît comme l'échange d'une créance contre la chose prêtée. Peut-être est-ce l'idée que l'on remet en garantie une chose, qui sera restituée contre la chose prêtée.
[103] Entrée enregistrée comme telle, en inscrivant tout simplement sa valeur au débit du compte de bien
[104] Sortie enregistrée en comptabilité en inscrivant sa valeur au crédit du compte (côté passif).

Lorsque l’on regarde la somme de son actif l’on dirait donc que le paiement a eu lieu.

### 2) *L’enregistrement de l’obligation côté débiteur*

**80.** **ENREGISTREMENT DE LA DETTE, SORTIE FICTIVE D’UN ELEMENT D’ACTIF. —** Le débiteur, de son côté, par réciprocité et à l’image inversée de ce que fait son créancier, traduit dans ses comptes le fait de son endettement, et si l’on veut “l’entrée de sa dette”, par une fiction comptable, comme s’il payait, c’est-à-dire exactement *comme si* une valeur était sortie.

**81.** **LA NOTION DE PASSIF. —** En effet, pour prendre en compte la *disparition* d’une valeur d’actif, autrement dit sa sortie du patrimoine, il suffit de la simple opération d’une soustraction. La même valeur, inscrite une seconde fois, fait disparaître la première, par annulation. Cela ne se représente pas, comme en arithmétique, par introduction, dans la même colonne que celle contenant la valeur active qui disparait, d’une valeur équivalente mais de signe négatif, ce qui donnera un total nul. Mais, par une autre convention qui revient absolument au même, en érigant une colonne différente de celle qui contient l’actif, afin de

contenir le passif[105]. De telle sorte qu'en inscrivant dans cette seconde colonne une valeur de signe positif le solde soit nul lorsque la colonne contenant ce que l'on soustrait égale celle qui contient ce que l'on tient. Un compte se présente conventionnellement par la juxtaposition de ces deux colonnes. L'une, à gauche de l'observateur, appellée débit du compte, enregistre la présence de l'actif, et l'autre, appellée crédit du compte, sert donc à soustraire ces valeurs[106].

**82.** EXPLICATION DE LA FICTION COMPTABLE. — Or, le débiteur enregistre la diminution et la soustraction de la valeur de la dette, mais sans que cette inscription passive ne vienne traduire la sortie réelle d'un élément d'actif[107]. La dette, inscrite au passif du bilan du débiteur, y fait front à l'actif. Lorsque le débiteur fait son bilan, il met en balance son passif et son actif, et la différence entre actif et passif donne le résultat. De cette manière l'on obtient l'état de la fortune de la personne si elle avait honoré toutes ses dettes. Cette soustraction

[105] Sur le passif en comptabilité et la fiction comptable, rappr. le problème du mal. On sait au moins depuis Aristote que le moindre mal fait figure de bien : Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris : Vrin, 1997, V, 2 (1129 b 5) et 7 (1131 b 15). Je résumerais ces passages en un dialogue entre A et B, en trois temps : affirmation, négation, négation de la négation. A : L'injustice consiste, dans un partage, une distribution, à ce que l'un, qui commet l'injustice (ou au profit duquel elle se commet) choisisse (ou reçoive) *plus* que sa part du bien, tandis que donc l'autre, qui la subit, reçoit *moins*. B : Ce n'est pas toujours vrai. Il faut distinguer le *bien* et le *mal*. Dans le cas du *bien*, c'est vrai ; mais dans le cas du mal et des choses qui sont mauvaises au sens absolu l'injustice consiste au contraire à ce que le même qui la commet (ou en profite), prenne (ou reçoive) *moins* que sa part, tandis que celui qui la subit reçoit *plus*. A : Non, cela reste vrai même dans ce dernier cas. Car comparé au mal plus grand le mal *moins* mauvais et *moindre « semble être »* (1129 b 5), *« fait figure de »*, (7, (1131 b 15)) est « *en un certain sens* » (1129 b 5) un bien. Oui ; le bien c'est ce qui est préférable, et le moindre mal est *préférable* au mal plus grand, le moindre mal est donc un bien. « L'injuste peut donc être soit le trop, soit le trop peu, » (7, (1131 b 15).

[106] Il s'agirait d'une inversion des termes (le mot débit étant naturellement attendu à droite, et le mot crédit à gauche). L'on a donc cherché à cela des explications dans le détail desquelles il n'est pas nécessaire d'entrer ici. Il faut en tout cas déconseiller la lecture de l'ouvrage de J. Fourastié, *La comptabilité*, coll. Que sais-je ?, 17ème éd., Paris : Puf, 1988, qui, de notoriété (chez les économistes et les comptables) fourmille d'erreurs et n'est qu'une source de confusion.

[107] Plutôt que d'enregistrer une valeur négative au débit des comptes, la dette est inscrite côté crédit d'un compte *ad hoc* (le compte de tiers) au débit duquel il n'y a rien.

dégage un bilan *bénéficiaire,* s'il reste quelque chose du côté actif, ou *déficitaire,* si le passif dépasse l'actif[108]. Cette représentation en deux colonnes exprime assez bien la corrélation obligatoire des dettes et de l'actif du débiteur.

**83.** ACTIF ET PASSIF. — En réalité toute cette comptabilité est corrélative de la notion juridique d'actif et commande la définition juridique du patrimoine, car ne figure sous ce chapitre, et n'est concerné par cette notion, que ce sur quoi la personne répond de sa dette sous la contrainte. C'est donc bien l'exécution et la liquidation forcée des obligations qui gouverne la notion d'actif et par conséquent la théorie du patrimoine[109]. Mais cela exprime très bien aussi le caractére indéterminé et imprécis des biens qui seront affectés au paiement. Car tant que la dette n'est pas éteinte l'on ne sait quelle valeur d'actif servira effectivement à son paiement. D'ailleurs, et enfin, cette vision comptable rend bien la relative indépendance du passif et de l'actif.

La créance à l'actif du créancier, et la dette au passif du débiteur, traduisent un avenir possible pour les deux fortunes. Nous voulons parler de l'état qui pourrait résulter du paiement effectif.

[108] Introduction, pour équilibrer le Bilan, de la notion de *fonds propres* pour le cas du débiteur *in boni*. Apparaissent au passif tant les dettes que les fonds propres. Et de capital. Pertes, profits.
[109] K. S. Zachariae faisait figurer les voies d'exécution sous la théorie du patrimoine. Aubry et Rau, au fil de leurs traductions, l'en ont ôtée, pour n'y plus laisser que le droit des successions.

### B) L'obligation, en comptabilité, lors du dénouement

Entre l'ouverture de crédit et le paiement, la valeur fictive a établi *virtuellement* un rapport entre la masse du créancier et celle du débiteur, auquel l'on ne doit pas toucher lors du paiement effectif, mais sur lequel il faut revenir, au contraire, si le paiement n'a pas lieu.

#### 1) *L'avènement du paiement*

**84.** **RETROCESSION FICTIVE D'UN ELEMENT D'ACTIF DU CREANCIER AU DEBITEUR. —** Le jour du paiement effectif et réel de l'obligation, l'équilibre entre créancier et débiteur est rétabli réellement. Mais le paiement qui advient *en réalité* ne doit pas affecter l'équilibre comptable déjà existant[110]. C'est pourquoi le paiement fait l'objet d'écritures qui éteignent l'obligation sans modifier cet équilibre comptable des patrimoines respectifs du débiteur et du créancier. Le mouvement de l'objet réel du paiement est enregistré normalement, et l'extinction de l'obligation s'effectue, du point de vue comptable, comme si la valeur fictive comptable qui avait transité à l'origine du débiteur au créancier, était restituée au débiteur. Comme s'il y avait échange de l'obligation contre son objet réel. L'enregistrement de l'obligation était comme celle d'un paiement, celui de son extinction contrebalance et neutralise l'enregistrement du mouvement réel du

[110] Cf. Platon, *Le banquet*, 206-b et 208-ab.

paiement[111]. La créance a été réalisée et la dette a été liquidée. De comptable et fictive les opérations d'addition (côté créancier) et de soustraction (coté débiteur) sont devenues effectives. Mais les patrimoines ne semblent pas, vu de l'extérieur et du point de vue des chiffres, s'être enrichis (pour le créancier) ou appauvris (pour le débiteur) à cause du paiement. Côté créancier le niveau de l'actif n'a pas varié et côté débiteur le niveau de l'actif et du passif ont diminué en même temps (d'où un solde équivalent). Le montant de la dette *représentait*, en quelque sorte, l'objet payé au créancier. Le phénomène relève de l'ordre de la représentation, qui a lieu, en comptabilité, pour les biens, comme il a lieu, plus généralement, en droit, pour les personnes. Et il aboutit au même genre d'illusion.

**2)** ***La créance jamais honorée***

**85.** **EVANOUISSEMENT COMPTABLE DE L'ELEMENT D'ACTIF FICTIF. —** Il est important de noter que si la créance n'est jamais honorée, c'est une perte pour le créancier (un non-enrichissement, un appauvrissement définitif), et un gain pour le débiteur (qui ne s'appauvrit pas). Dans ce cas la disparition, comme nous l'avons

[111] De la sorte le principe de la double écriture est respecté. Cela s'opère par un double jeu d'écritures relatives, côté débiteur comme côté créancier, tant aux comptes dans lesquels ont été portés l'obligation que ceux ayant trait au transfert de la valeur objet du paiement réel. Le débiteur enregistre la sortie de son actif de l'objet du paiement, comme nous l'avons vu, en créditant son compte caisse (entrée de passif qui exprime la sortie d'actif), et, puisque la dette figure au crédit du compte de personne, il en enregistre la disparition en débitant ce compte (l'entrée d'actif exprimant ici une diminution au passif du bilan). La sortie de la dette, valeur négative, est inscrite au débit, ce qui annule ce compte qui n'était que provisoire. Pour le créancier, la contrepartie de l'*entrée* du paiement à l'actif, c'est la *sortie* de sa créance (qui perd tout objet) de son actif. Le créancier débite son compte caisse et, puisque la créance figurait au débit du compte de personne, il crédite ce compte.

dit, de l'obligation, n'est pas la contrepartie du mouvement de l'objet du paiement, mais a pour contrepartie, de part et d'autre, l'enregistrement d'un produit et d'une charge qui annule en quelque sorte l'enregistrement du même type qui avait eu lieu plus tôt. Comme pour une remise de dette.

**86.** **PROFITS ET PERTES.** — Remarquons, avant de poursuivre, que l'enregistrement de la dette répond, comme un paiement, à sa cause originelle, et se traduit, éventuellement, par l'enregistrement d'une charge ou d'un produit, c'est selon. Car le paiement est normalement la contrepartie d'un premier mouvement de valeur qui en est la cause. En effet, le phénomène de l'obligation est fondamentalement un processus de renflouement patrimonial, contrepartie et réponse d'un appauvrissement qui a précédé ou qui en est quoi qu'il en soit la cause ou la contrepartie[112]. L'obligation présuppose, si l'on veut, qu'en principe il faut maintenir l'équilibre existant dans la répartition des richesses, et faire régner la justice dans les échanges. Le paiement répond donc, pour le créancier, à une sortie de valeur qui a précédé : *l'enregistrement du paiement double et vient équilibrer la sortie préalable*. L'appauvri obtient réparation de la perte subie ou réponse à la valeur fournie -- parfois en exécution de sa propre obligation. Le paiement sera ainsi la contrepartie de ce mouvement ayant affecté au préalable les biens du créancier. Mais dès lors que, côté créancier, l'entrée

[112] Initialement la valeur sortie du patrimoine du futur créancier a pu passer dans celui de son futur débiteur, de telle sorte que dans ce cas l'appauvrissement générateur d'obligation ait pour interface l'enrichissement d'autrui (contrat et quasi-contrat). Mais ce n'est pas nécessairement l'enrichissement du débiteur qui explique l'obligation, car il sera autant débiteur lorsque la valeur aura purement et simplement disparu du patrimoine du créancier à cause de lui (délit et quasi-délit).

objet de l'obligation serait inférieure à la sortie initiale cause de l'obligation, ou bien lorsque, côté débiteur, *la sortie serait supérieure à l'entrée initiale, la différence représenterait une perte*[113]*, et dans le cas contraire il s'agirait d'un profit*[114], qu'il faut porter en compte.

L'on voit plus nettement qu'avec *la dette* (*i.e.* ce-qui-est-dû) il ne s'agit pas d'un bien individualisé, et que réciproquement la créance, côté créancier donc, n'est qu'un fantasme[115]. La comptabilité explique bien tout à la fois la notion d'obligation et les raisons de sa déformation. A ce titre, elle constitue une bonne introduction aux problèmes de la transmission[116] et de la répartition des dettes du défunt.

[113] Enregistrée au débit du compte des pertes et profits.
[114] Porté au crédit du compte des pertes et profits.
[115] Cf. tout ce passage introductif de la notion d'obligation sera utile lorsqu'il sera question de la notion de *part* qu'a l'indivisaire sur le tout des biens indivis.
[116] Il y aurait tout lieu de traiter de la question fiscale. Pour le calcul de l'assiette de l'impôt, il s'agit d'enregistrer les obligations, dont on anticipe le paiement, les créances étant ajoutée à l'actif et les dettes déduites. L'intérêt du fisc, inverse de celui des héritiers, étant d'accroître le montant de l'actif et de diminuer celui du passif (élargissant d'autant, avec son assiette, le montant de l'impôt).

## Conclusion du Titre 1

**87.** **NECESSITE DE LA TRANSMISSION PERSONNELLE DES DETTES DU DEFUNT. —** Puisque la succession n’est pas plus un patrimoine qu’une personne morale, aucune entité médiatrice ne vient servir de support, même provisoire, aux biens et aux dettes du défunt. Les créances, les biens et les dettes ne peuvent subsister qu’en revenant à une ou plusieurs autres personnes (à défaut desquelles le reliquat de liquidation irait à l’Etat[1]). La personne du successeur est donc la seule qui puisse servir de support aux dettes du défunt[2]. Il n’y a pas d’autre personne que lui. Les obligations ne peuvent reposer que sur sa tête. Que l’obligation soit la personne même, débitrice ou créancière, dans son rapport avec une autre personne, respectivement créancière ou débitrice, cela n’interdit pas plus la *marchandisation* des créances (car le marché aime le risque), que la transmission successorale des créances et des dettes. C’est ainsi, plutôt que par l’idée d’une entité corporative perpétuelle, que nous comprenons les choses. Mais que l’on explique ce phénomène par la personne fictive ou le patrimoine d’affectation, cela n’a rien de surprenant.

[1] Il conviendrait de distinguer les notions de jacence, de vacance et de déshérence. Aubry et Rau, ainsi que la plupart des auteurs, n’envisagent pas le cas de vacance strictement dite au sens d’un ensemble de biens et d’obligations qui, sans être à l’abandon, n’auraient plus de titulaire. Ils n’envisagent que la situation provisoire de vacance *réputée*, dans l’attente de la manifestation d’un héritier. Ou alors c’est que la succession est déshérente, et alors elle tombe aux mains de l’Etat. Les détracteurs de la conception classique, au contraire, n’auront de cesse de placer le cas de vacance strictement dite au centre de leur réflexion sur le patrimoine.

[2] Cf. R. Saleilles, «Le principe de la continuation de la personne du défunt par l’héritier en droit romain », *Mélanges Gierke (Festschrift für O. Gierke)*, Weimar, 1911, pp. 1020 et 1023.

**88.** NECESSITE DE LA DIVISION DES DETTES DU DEFUNT ENTRE SES SUCCESSEURS. — Une dette, comme, d'ailleurs, nous y reviendrons en son lieu, une créance, ne sont pas des entités qui se puissent tenir en commun[3]. L'obligation n'est pas, à l'image d'un bien, un objet avec lequel le sujet, et, éventuellement, une pluralité de sujets, seraient en relation. C'est bel et bien toujours la même raison fondamentale de personnalité des dettes qui explique que pour le créancier, qui désormais envisage chaque successeur comme son débiteur, la créance, par conséquent, se divise. C'est la notion de personne qui est en cause. La dette ne saurait être "portée" collectivement comme par une entité qui serait distincte de la personne des successeurs. Sinon cela consacrerait, une nouvelle fois, soit une idée de personnalité morale, soit l'idée que les dettes grèvent un patrimoine qui peut exister indépendamment de la personne. Et il y aurait en outre à penser la nature des rapports de chaque indivisaire avec cette entité. Chaque fois qu'une disposition positive ou doctrinale va à l'encontre de ce principe de division des obligations, aux yeux de la conception que nous défendons cela signifie donc certes que l'on opère comme si la personne du défunt lui survivait[4], et que l'on personnifie artificiellement l'indivision, mais surtout cela veut dire que la règle en question est critiquable. C'est une telle étude critique que nous entendons conduire. Et comme celle-ci ne peut se satisfaire des seules visions globales, il

[3] C'est la doctrine classique. Contre elle s'efforcent F. Zénati et D. Martin. Mais il se trouve que le premier de ces auteurs approuve le principe de division des obligations.
[4] M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°613-614, p.595-596 et 599.

est maintenant nécessaire d’entrer dans le détail des difficultés. C’est ce que commençons à faire, en abordant, dans le titre qui vient, la liquidation de l’actif.

# Titre 2
# La liquidation de l'actif extérieur à la masse indivise

**89.** PASSIF SUCCESSORAL ET PASSIF PERSONNEL. — Le défunt a, en vertu d'un processus de transmission universelle, des successeurs, qui deviennent, à sa place, débiteurs de ses créanciers, propriétaires de ses biens et créanciers de ses débiteurs. En fait de passif, une vision correcte de la situation exige de la considérer dans son ensemble. Les créanciers du défunt ne sont pas seuls en cause. L'héritier moderne a des créanciers personnels. Ces dettes, qui pesaient sur les héritiers avant l'ouverture de la succession, sont concernées elles aussi par la situation d'indivision. La somme des passifs personnels des indivisaires forme déjà à elle seule un passif que l'on peut donc dire, en jouant quelque peu sur les mots, “de l'indivision”, au sens de la communauté des indivisaires. C'est-à-dire qu'il y a d'abord les créanciers personnels des indivisaires. Le passif du défunt, transmis *ut universi* à la personne des héritiers, entre, en tant que passif successoral, aux côtés de leurs passifs personnels, dans ce passif de

“l’indivision” *lato sensu*. Et il se divise, comme nous avons dit, entre les héritiers.

**90.** **ACTIF SUCCESSORAL ET ACTIF PERSONNEL. —** La manière dont nous appréhendons l’actif de l’indivision correspond à la perspective extensive adoptée concernant son passif. Nous comprenons, par actif de l’indivision, de manière très large, tous les biens appartenant aux indivisaires, ainsi que les créances, qui sont susceptibles de répondre à leurs passifs. L’héritier vient à la succession avec ses propres biens et créances qu’il ajoute en quelque sorte à ceux dont il hérite[1].

[1] Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867-1879 : « Personne ne pouvant avoir plus d’un patrimoine, il en résulte que dès l’instant du décès du défunt, les biens composant son hérédité se confondent dans le patrimoine de l’héritier. » Cette «confusion des patrimoines » est consacrée, au passage, dans l’arrêt Toussaint, Civ., 13 août 1851, cassation pour violation de la loi. *D.* 51.1.281 ; S. 51.657. *Casus*. Le *de cujus* (Raymond Larenaudie, † 1841) laisse une succession dont le passif tient à l’aval qu’il a donné au créancier bénéficiaire (Toussaint de Gérard, pour de Folmont, et Pélissié †, représenté par Martina-Manuela de Castro, sa veuve, et ses enfants) pour un effet tiré contre son frère (Louis Larenaudie) ; l’actif successoral se compose d’un bien immeuble (le domaine d’Auzolles, à Lagrèze), adjugé à un tiers. Actif et passif se répartissent entre trois héritiers : Le premier, héritier réservataire (mère du défunt), dont nous pouvons faire abstraction ; le second, légataire universel ayant accepté (épouse du frère du défunt) et le troisième, légataire universel ayant accepté, qui est aussi le tiré (Louis Larenaudie, frère du défunt). Chacun des héritiers prend sa part du prix d’adjudication du bien successoral (encore insuffisant pour que la dette du défunt soit entièrement honorée), et il doit supporter, sur ce prix, la part qu’il prend également de la dette du défunt (en avril et juin 1841 deux jugements du tribunal de commerce de Toulouse condamnent au paiement les deux légataires conjointement suivant leurs droits dans la succession). La difficulté provient de ce que le second héritier, l’épouse du défunt, légataire universelle, est en outre créancière du troisième héritier, le frère du défunt, Louis, *à cause de reprises*. Dans le conflit qui en résulte, pour la répartition de la portion du prix échue à ce dernier, entre le créancier bénéficiaire, Toussaint de Gérard, et l’épouse, c’est celle-ci qui l’emporte. La difficulté ne surgit qu’ensuite, lorsqu’il s’agit pour Toussaint de Gérard, créancier successoral avaliste, de saisir, en tant que créancier successoral de l’épouse, cette créance personnelle qu’elle a contre Louis (ou, si l’on veut, la portion de prix qu’elle perçoit et qui entre dans son actif personnel). *Procédure*. En première instance, Toussaint de Gérard demande et obtient par un jugement du Tribunal civil de Cahors, le 28 avril 1848, que dame Larenaudie soit colloquée au dernier rang. Celle-ci fait appel, et la Cour d’appel d’Agen, dans un arrêt infirmatif du 7 déc. 1849, la colloque au premier rang. Enfin Toussaint de Gérard se pourvoit en cassation. *Question*. Tout dépendait du point de savoir si Toussaint de Gérard, créancier successoral, avait des droits sur l’actif personnel de l’héritière, et l’on sait que contrairement à la Cour d’appel d’Agen, le tribunal de Cahors et la Cour de cassation décidèrent que oui. Ce qui nous intéresse ici, c’est la formule que donne la Cour de cassation dans le deuxième titre de ses motifs, dans son second attendu de principe : « l’obligation personnelle (…) a (…) pour cause *la confusion* des biens du défunt avec les biens du successeur » (nous soulignons) ; puis elle explique : le titre successif « a (…) pour résultat de réunir entre (les)

Puisque, avec chaque héritier, c’est une seule et même personne, au lieu de deux avant l’ouverture de la succession, qui supporte dettes successorales et dettes personnelles, il en résulte, sur l’actif de l’héritier globalement pris, un conflit entre créanciers successoraux et créanciers personnels. Le Droit règle ce conflit et instaure un ordre dans le paiement des créanciers personnels et successoraux. Nous abordons notre étude sous l’angle de cet ordre naturel, dénaturé en droit positif.

**91.** **ORDRE DISSYMETRIQUE DES PAIEMENTS. —** Il est bien sûr hors de cause qu’ensuite de l’ouverture de la succession l’actif successoral demeure le gage du créancier successoral, et l’actif personnel celui du créancier personnel. En revanche sont en cause, respectivement, le droit du créancier successoral sur l’actif personnel[2], et celui du créancier personnel sur l’actif successoral[3]. C’est ici que les choses se compliquent, car contrairement à ce que l’on pourrait imaginer, ou même souhaiter[4], les positions respectives du créancier successoral

---

mains (du successeur) et de confondre avec ses propres droits actifs ou passifs, les droits actifs ou passifs du défunt », ce qui est très juste et vrai.

[2] C’est ici qu’il faut donner la formule par laquelle l’idée de confusion se trouve précisée dans l’arrêt Toussaint : « les biens par (le successeur) recueillis deviennent, à l’instant même où il en obtient la saisine, le gage de ses propres créanciers », ce qui est encore très juste et vrai. La relation que l’héritier noue avec les biens successoraux est exactement de même nature que celle que le défunt entretenait avec eux ou qu’il entretenait déjà avec ses biens personnels. Rappr. *Inst. Just.*, 2.19.1 et 7 : « Pro herede enim gerere, est pro domino gerere : veteres enim heredes pro dominis appelabant » (Car faire acte d’héritier, c’est faire acte de maître : les anciens se servaient du mot *heres* pour signifier maîtres).

[3] La formule de l’arrêt Toussaint, ici, est discutable : « (les) propres biens (du successeur) deviennent le gage des créanciers de la succession » (selon nous ce n’est pas juste, pour une formule qui se veut l’énoncé d’un principe du droit successoral, et nous ne voyons pas dans cet effet la cause de l’obligation personnelle du successeur).

[4] Cf. M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°659, p. 636-637 (avec la note). Une loi du 23 juin 2006 a changé certaines choses que nous verrons.

et du créancier personnel ne sont pas symétriques l'une de l'autre sur l'une et l'autre masse.

Ainsi le Droit successoral instaure visiblement un ordre des paiements entre créanciers successoraux et créanciers personnels, et il est donc indispensable, pour bien comprendre et pénétrer dans le détail de ces règles, de distinguer fondamentalement les biens et créances de l'héritier selon leur origine successorale ou personnelle.

# Chapitre 1
# L'actif d'origine personnelle

**92.** ETENDUE DE LA RESPONSABILITE DE L'HERITIER. — Sur les biens de l'héritier qui sont d'origine personnelle, tout est suspendu au point de savoir s'ils entrent ou non dans le gage du créancier successoral. C'est la question de l'étendue des droits du créancier successoral, ou autrement dit de l'obligation et de la responsabilité de l'héritier pour les dettes du défunt. La simple possibilité d'un conflit entre le créancier personnel et le créancier successoral en dépend.

Les droits du créancier successoral sur l'actif personnel de l'héritier varient selon la manière dont l'héritier succède au défunt.

**93.** COMPARAISON AVEC LES SOCIETES. — De la même façon, en droit des sociétés, la question est de savoir comment et dans quelle mesure l'on associera au paiement de la dette celui qui ne l'a pas personnellement contractée. Et il existe, à cet égard, deux grands types de participations, deux façons d'être responsable, en fonction desquelles on répartit les sociétés en deux grandes classes[1] : les sociétés de personnes, dans lesquelles l'associé est tenu de répondre

[1] Ici nouvelles choses à dire, sur la solidarité et ses étapes décomposées.

aux poursuites du créancier social *indéfiniment*, de manière illimitée, c'est-à-dire sur l'ensemble de son patrimoine, et les sociétés de capitaux, dans lesquelles il limite sa participation à son apport[2]. Les époux communs en biens connaissent les deux formes de responsabilité, selon que les poursuites interviennent avant ou après la dissolution du régime.

**94.** DISTINCTION DES DEUX MANIERES DE SUCCEDER. — Le droit successoral prévoit les deux cas, celui où l'héritier succède purement et simplement, et où il engage ses biens d'origine personnelle pour les dettes du défunt, et les autres cas où, au contraire, ces derniers échappent aux créanciers successoraux. L'obligation de l'héritier pour les dettes du défunt peut, lorsqu'elle inclut ses biens personnels, être *ultra vires successionis* (au-delà des forces de la succession), ou bien, lorsqu'elle les exclut, elle peut être *intra vires successionis*. Il faut donc envisager tour à tour les deux cas de figure.

## Section 1
## L'obligation *ultra vires successionis*

Il faut commencer par traiter de la succession pure et simple abstraction faite du contexte de pluralité de successeurs. Une fois la question de droit

[2] L'associé participe selon une quotité, en outre, en fonction de ce critère, il faut distinguer deux cas : 1° l'associé participe (ou est responsable ou prend un risque) de manière illimitée et indéfinie (sociétés de personnes) ; 2° la responsabilité de l'associé est limitée et définie quantitativement par un plafond (sociétés de capitaux). La participation de l'associé aux dettes contractées varie donc en quantité et en qualité. Par un chiasme l'on obtient alors les quatre types fondamentaux de sociétés : la participation en commandite, la participation, la commandite et la société (sans plus de détermination, civile ou commerciale).

successoral général éclaircie, nous pourrons envisager la situation en tant que contexte particulier pour le problème de la division des dettes.

## § 1
## Le droit du créancier successoral de saisir un bien d’origine personnelle

Nous devons d’abord donner les modalités du droit du créancier successoral de saisir un bien personnel de l’héritier, et préciser ensuite comment se règle le conflit qui en résulte avec le créancier personnel.

### A) Conditions du droit du créancier successoral sur les biens d’origine personnelle[3]

**95.** L’OBLIGATION DE L’HERITIER DEMEURE EN TOUT CAS PERSONNELLE. — Le droit du créancier successoral de saisir un bien personnel de l’héritier n’est pas de principe[4]. Cela n’invalide d’ailleurs pas le principe de la succession *personnelle* aux dettes. La doctrine a tendance a recourir d’autant plus à la théorie de la continuation de la personne en cas d’obligation *ultra vires*. Mais l’engagement de l’héritier est personnel, nous y reviendrons en son lieu, quand bien même il n’engagerait pas ses biens personnels. L’héritier n’est pas tenu des dettes du défunt hypothécairement, en raison de ce qu’il en recueille les biens, mais, au

[3] Cf. P. Durnerin, *La notion de passif successoral*, thèse Paris 2, 1990 (dir. G. Cornu), 2ème partie, livre 1, titre 1 et livre 2, titre 2, chap. 1.

[4] Cela est vrai de toutes les époques du droit romain. Ce que pense. R. Saleilles, «Le principe de la continuation de la personne du défunt par l’héritier en droit romain », *Mélanges Gierke (Festschrift für O. Gierke),* Weimar, 1911, p. 1016-1017, est donc erroné.

contraire, personnellement, indépendamment de l’actif dont il hérite. Que ses biens personnels soient ou non engagés, en tout cas il est débiteur personnellement. Dans les sociétés civiles, dans les sociétés créées de fait et dans les sociétés en participation, l’engagement illimité de l’associé est de plein droit. Au contraire, en droit des successions, comme dans les sociétés de capitaux, en matière de communauté, de pécule et de navire de commerce, l’obligation *ultra vires* est soumise à des conditions. Nous distinguerons trois cas[5].

**96.** **1° L’ACCEPTATION VOLONTAIRE. —** L’engagement des biens personnels de l’héritier peut d’abord résulter de l’exercice de son libre choix, lorsqu’il opte pour l’acceptation pure et simple de la succession[6]. De manière comparable, le *pater familias* pouvait accepter les dettes contractées *de peculio*, et l’armateur peut accepter, et ainsi élargir le gage des créanciers du capitaine, au-delà du navire de commerce, jusque sur sa fortune de terre[7]. C’est un acte grave, interdit aux incapables et à l’Etat. Notons que souvent cette acceptation est tacite, induite par le juge du comportement de l’héritier[8].

L’intérêt égoïste de l’héritier serait plutôt de faire échapper sa fortune personnelle aux créanciers du défunt. Mais il n’est pas seul en cause. Il n’est pas

[5] Il conviendrait d’indiquer, en outre, un quatrième cas, celui du paiement ponctuel et volontaire, par l’héritier, d’un créancier successoral, sur son actif personnel (*infra* n°109).
[6] Loi du 23 juin 2006, C. civ. art.768. Cf. *infra* n°109.
[7] Lorsqu’il n’est que copropriétaire, ce sera *pro parte*, et lorsque l’armateur est aussi capitaine, ayant contracté lui-même, il lui est impossible d’échapper à sa responsabilité. Dans le régime de communauté, l’épouse acceptante engage tout son patrimoine, mais uniquement *pro parte* ; et l’époux gérant la communauté contracte les dettes de la communauté pour leur entièreté et sur tout son patrimoine (même après la dissolution).
[8] C. civ. art. 778-780. Loi du 23 juin 2006, C. civ. art.782-784.

non plus dans l'intérêt de ses créanciers personnels de voir l’entrée des créanciers du défunt au passif de l’héritier se traduire par un amoindrissement de leur gage originel. Pourtant les créanciers personnels de l’héritier ne peuvent se plaindre de son choix d’accepter purement et simplement la succession. L’action paulienne ne leur est pas ouverte[9].

Les créanciers successoraux, de leur côté, peuvent espérer au contraire voir leur gage s’élargir par l’entrée de biens nouveaux. C’est pour eux un avantage. D’autant plus si l’actif du défunt était insuffisant. Leur situation peut, sous ce point de vue, s’avérer meilleure après qu’avant le décès de leur débiteur. Néanmoins, l’acceptation de l’héritier n’est pas en leur pouvoir.

L’idée dont ces règles sont l’expression, nous aurons encore l’occasion d’en observer la présence, c’est que la nouvelle génération a la faculté de payer les dettes de l’ancienne[10].

**97** **2° Action du creancier successoral avant l’option. —** Mais le créancier du *de cujus* ne saurait non plus demeurer indéfiniment dans l’expectative quant au choix de l’héritier. C’est pourquoi, avant que l’option ne soit exercée, il lui est permis d’agir en paiement contre l’héritier appelé qui ne s’est pas encore prononcé[11]. Néanmoins, le successeur bénéficie, pour repousser l’action du créancier successoral, d’une exception dilatoire. L’héritier dispose de quarante

[9] C’est une question discutée.
[10] Cf. *infra* n°106.
[11] En poursuivant un bien personnel de l’héritier, car quant aux biens successoraux le droit de poursuite du créancier successoral est hors de cause, cf. *infra* n°103.

jours pour délibérer sur le parti qu'il prendra. Ce délai a pour point de départ le jour de la confection d'un inventaire. Et l'inventaire lui-même doit être fait dans les trois mois qui suivent l'ouverture de la succession[12]. Cela permet au successeur d'opter pour l'acceptation pure et simple en parfaite connaissance de cause et sans que les actes qu'il viendrait à commettre entre temps n'obèrent sa décision future[13]. Si à l'expiration du délai l'héritier ne s'est toujours pas prononcé, le créancier du *de cujus* peut poursuivre le paiement de sa créance sur les biens personnels de l'héritier. Mais il est notable qu'il ne s'agit pas pour le créancier successoral de forcer l'acceptation de l'héritier, dans la mesure où celui-ci, quoique condamné à payer un créancier successoral sur ses biens personnels, conserve encore la faculté d'opter. De la sorte la liberté de choix de l'héritier est préservée[14]. C'est donc le second cas d'engagement des biens d'origine personnelle.

**98.** **3° CONFUSION DES PATRIMOINES. —** Le troisième cas est celui de sanction et de déchéance pour l'héritier qui, étant dans le délai ou ayant opté soit pour la renonciation, soit pour le bénéfice d'inventaire, a confondu les patrimoines. En ce cas l'héritier est tenu indéfiniment du paiement des dettes du défunt. Cela évoque à juste titre, dans les procédures collectives, l'extension du passif au

[12] Le délai de quarante jours part du jour de la confection de l'inventaire ou à défaut à l'expiration du délai de trois mois. Si les héritiers de première ligne ont tous renoncé, et que l'inventaire est déjà fait, la seconde ligne bénéficie d'un nouveau délai pour délibérer, qui part du jour où elle est appelée.

[13] Cf. sur ce point la loi du 23 juin 2006.

[14] P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°161, p. 131 ; Civ. 19 avril 1865, D. 1865.1.433, S. 1865.1.270 ; Req. 30 avr. 1884, D. 1885.1.233, S. 1886.1.173.

dirigeant fautif. Et remarquons que cette responsabilité illimitée est exceptionnellement appliquée au tuteur ou au curateur.

De l’hypothèse d’engagement des biens personnels de l’héritier pour les dettes contractées par le défunt, et du concours qui en résulte, sur les mêmes biens, des créanciers personnels et successoraux, découle la question du règlement de ce conflit et d’un éventuel ordre dans les paiements.

### B) Règlement du conflit du créancier successoral et du créancier personnel sur les biens d’origine personnelle

**99.** **Egalite naturelle des creanciers. —** La règle est la suivante : lorsque l’héritier succède purement et simplement au défunt, il mêle, relativement à ses biens personnels, le passif successoral à son passif personnel. Il n’y a alors plus d’intérêt à distinguer entre créancier du défunt et créancier de l’héritier[15]. Sur les biens personnels de l’héritier, le créancier successoral peut avoir, ou non, un droit (option, ou sanction, cela dépend) ; mais lorsque ce droit existe c’est à égalité avec celui du créancier personnel de l’héritier. Les créanciers personnels de l’héritier subissent la loi du concours à égalité avec les créanciers du défunt. Le créancier personnel de l’héritier ne bénéficie pas d’un privilége sur le

[15] Ce n’est plus vrai. Désormais il faudra dire qu’il *ne devrait* plus y avoir d’intérêt à distinguer etc. Car, depuis la loi du 23 juin 2006 qui, sur ce point, a vraiment, en son article 6, bouleversé les choses, la disposition qui, dans l’ancien article 881 du Code civil, prévoyait que « les créanciers de l’héritier ne sont point admis à demander la séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession » est abrogée, et l’article 878 du Code civil, qui contient toujours la règle de préférence du créancier successoral sur le patrimoine du défunt, règle dite jadis de « la séparation des patrimoines », comporte maintenant un deuxième alinéa qui dispose que « réciproquement, les créanciers personnels de l’héritier peuvent demander à être préférés à tout créancier du défunt sur les biens de l’héritier non recueillis au titre de la succession ».

créancier successoral. Tel est notre droit positif[16]. Certaines coutumes de notre ancien droit admettaient au contraire, relativement à l'actif personnel de l'héritier, un privilège des créanciers personnels sur les créanciers successoraux[17]. Et certains professent une telle règle *de lege ferenda*[18]. Mais cela semblerait étrange, car la logique veut que ce soit le patrimoine du défunt que l'on liquide[19], non celui de l'héritier[20].

Après la règle de succession proprement dite, voyons celle de division.

### § 2
### *Obligation* ultra vires *et division des dettes*

**100.** IMPORTANCE DE LA QUESTION. — Pour l'instant l'occasion nous est donnée d'envisager l'application qui est faite du principe de division des dettes en l'occurrence aux biens hors indivision et en particulier aux biens personnels.

[16] V. note précédente.
[17] P. Raynaud, *op. cit.*, n°229, p. 181, cite Ourliac et De Malafosse, p.440.
[18] M. Grimaldi, 5ème éd., Paris : Litec, 1998, n°658-659, p.607. C'est donc *de lege lata* aujourd'hui, depuis la loi du 23 juin 2006.
[19] L'idée était aperçue par R. Saleilles, «Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke (Festschrift für O. Gierke)*, Weimar, 1911, p. 1028, que liquider signifie offrir aux créanciers une *garantie limitée* ; cf. R. Saleilles, «De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, vol. 9, p. 306.
[20] Et la disposition introduite par la loi du 23 juin 2006 est critiquable car elle va à l'encontre d'un principe du droit successoral qui veut que la nouvelle génération puisse payer les dettes de l'ancienne, sans que les créanciers personnels de l'héritier ne puissent rien contre cette arrivée de nouveaux créanciers. De même, en droit des sociétés, le créancier personnel doit supporter parfois que les créanciers sociaux soient acceptés par son débiteur. Les biens successoraux et les biens personnels forment désormais deux masses que l'on liquide séparément (car, selon la logique du droit de préférence, il s'agit désormais de liquider les biens personnels de l'héritier, qui devrait logiquement, si nous comprenons bien, faire un inventaire de ceux-ci). Cette disposition ne devrait pas s'étendre aux biens à venir. Autrement dit, l'héritier se trouve désormais à la tête de trois masses de biens : 1° les biens successoraux, 2° ses biens personnels présents au moment de l'ouverture de la succession, sur lesquels les créanciers personnels ont un droit de préférence sur les créanciers successoraux, 3° ses biens personnels acquis depuis lors, sur lesquels créanciers personnels et successoraux sont à égalité. Peut-être que les créanciers de toutes origines pourront se mettre d'*accord* pour que s'opère l'emploi et le remploi de tel ou tel élément d'actif.

L'obligation *ultra vires* constitue le premier contexte pour poser l'importante question, que nous suivrons comme un fil rouge tout au long de nos développements, de la division des dettes successorales.

**101.** **DIVISION DES POURSUITES.** — Lorsque l'obligation est *ultra vires successionis*, la règle est que la division s'applique pleinement. Sur l'actif personnel des héritiers le principe de division des obligations n'est pas remis en cause. Lorsque pour tel héritier le créancier successoral peut poursuivre un bien d'origine personnelle, il ne le peut qu'à hauteur de la part de dette dont cet héritier est saisi. L'obligation *ultra vires* étend donc la surface du gage du créancier successoral, mais cela n'a lieu que pour la part de l'héritier dont il s'agit. Si plusieurs héritiers acceptent purement et simplement, le créancier successoral profite de la pluralité des successeurs puisque le nombre des patrimoines engagés à son égard est susceptible de s'accroître, mais cela est compensé par le fait qu'il ne peut poursuivre chacun qu'au prorata de sa part.

**102.** **UNANIMITE POUR CETTE SOLUTION.** — Relativement aux biens qui sont hors indivision, sauf erreur de notre part, nul n'a jamais cherché à nier la division des dettes quant aux biens personnels de l'héritier[21]. C'est-à-dire, en particulier, que si la question de la division quant aux biens d'origine personnelle de l'héritier ne se pose évidemment pas lorsque les biens personnels sont interdits au créancier

[21] La question ne se pose, à la limite, que quant aux biens successoraux. L'on discute seulement de la division (pour la nier) sur les biens successoraux, lorsque l'héritier débiteur accepte sous bénéfice d'inventaire. Influence des idées de J. Flour. V. *infra* n°141.

successoral, le fait qu’un des héritiers n’ait accepté que sous bénéfice d’inventaire, n’autorise pas le créancier successoral à poursuivre pour le tout *sur ses biens d’origine personnelle* celui qui accepte purement et simplement[22].

Payer au-delà, ce serait, pour l’héritier, payer la dette d’autrui. Il n’y a aucune raison pour faire supporter à un héritier la part des dettes que les autres ont trouvé, comme lui, dans la succession. Il ne paie donc que sa part, le reste regarde ses cohéritiers[23]. A noter qu’une disposition de notre droit positif datant de la loi de 1976 parle de faire entrer en compte le recours dont bénéficie le *solvens* qui a payé avec un bien personnel la dette personnelle d’un autre indivisaire pour éviter le partage[24]. C’est une disposition qui fait exception au principe. Nous aurons l’occasion d’expliciter notre propos.

Il nous reste, relativement aux biens personnels, à envisager l’autre hypothèse, celle où les biens personnels de l’héritier échappent au créancier successoral.

[22] Peut-être est-ce le point que la cour de cassation a eu à préciser (Civ. 1re, 14 mars 1972) ?
Deux héritiers, l’un pur et simple, et l’autre sous bénéfice d’inventaire, étaient poursuivis conjointement par le créancier successoral.
Il semble que la cour d’appel avait 1° condamné les deux héritiers au paiement de l’intégralité des sommes réclamées, en ajoutant que l’héritier sous bénéfice d’inventaire serait tenu dans la limite de l’actif successoral, et 2° accordé au créancier successoral une saisie conservatoire sur les biens de l’héritier pur et simple. Il s’agissait visiblement de poursuivre les biens personnels de l’héritier pur et simple au-delà de sa part de la dette. Cassation, au visa des articles 873 et 1220 du Code civil, avec, dans l’attendu de principe, cette formule : « les dettes d’une succession se divisent entre les héritiers qui n’en sont tenus personnellement qu’au prorata de leurs droits respectifs, peu important qu’ils soient acceptants pur et simples ou bénéficiaires ».
[23] V. *supra* n°43, en quoi consisterait le système de la solidarité.
[24] Loi n°76-1286 du 31 déc. 1976, art. 2, C. civ. art. 815-17, al. 3 (dernière phrase).

## Section 2

## L'obligation *intra vires successionis*

**103.** EFFETS. — En cas d'exclusion des biens d'origine personnelle de l'héritier, la situation du créancier successoral ne varie pas. Il conserve évidemment son gage sur les biens successoraux, mais sur le patrimoine de l'héritier globalement pris, ce gage est limité à ce même actif. Dès lors, en ce qui concerne l'actif personnel, cela ne génère aucun conflit entre créanciers successoraux et créanciers personnels.

**104.** CONDITIONS. MANIERE NORMALE DE SUCCEDER. — En droit successoral, l'héritier n'est pas forcément tenu des dettes du défunt jusque sur ses biens personnels. En réalité, la norme voudrait que les biens personnels de l'héritier échappent au gage du créancier successoral, plutôt que le contraire[25]. En effet, nous l'avons vu précédement, l'obligation *ultra vires* est encadrée de conditions. Elle est même interdite à l'héritier incapable et, lorsqu'il succède faute d'héritier, à l'Etat. Le créancier successoral n'a donc *a priori* pas de droit sur les biens personnels de l'héritier. Il doit attendre l'expiration du délai pour délibérer, et espérer que, si option il y a, ce soit celle de l'acceptation pure et simple.

**105.** L'OPTION ET LA GESTION AVANT L'OPTION. — C'est bien là, à propos de l'actif personnel, qu'est la véritable portée de l'option à trois branches entre acceptation

[25] Cf. R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, vol. 10 (1910), pp. 94 et 102.

pure et simple, acceptation sous bénéfice d'inventaire et renonciation. Car si l'héritier veut protéger son actif personnel il doit, d'une part, dans le délai, opter soit pour la renonciation, soit pour l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (art. 802 al. 2 C. civ.)[26], et, d'autre part, avant cette option il doit prendre garde que ses actes ne soient pas interprétés comme une volonté tacite d'accepter purement et simplement. En outre, ensuite de son option, il lui faut encore, nous l'avons dit, se garder de commettre des irrégularités et d'encourir la confusion des patrimoines. Mais dans cette hypothèse il s'agit du prononcé, par le juge, d'une sanction. Ce n'est que l'application d'un droit commun de la gestion, qui vaut même pour un tuteur, un curateur ou pour l'organe dirigeant d'une personne morale. Néanmoins, un successeur qui renonce ou qui n'accepte que sous bénéfice d'inventaire règle la question de ses biens personnels.

**106.** **LOGIQUE GENERALE DE L'ORDRE SUCCESSORAL DES PAIEMENTS (BIS). —** Et les créanciers successoraux ne peuvent attaquer son option, quoiqu'elle soit dirigée contre eux. On ne considère pas qu'il y a fraude. Cela traduit bien l'idée qu'en principe l'héritier n'engage pas ses biens personnels pour les dettes contractées par le défunt. Le créancier successoral n'a *a priori* pas vocation à comprendre les biens personnels de l'héritier dans son gage. L'idée est peut-être que c'est l'héritier qui absorbe la personne juridique du défunt, plutôt que l'inverse[27].

[26] V. loi du 23 juin 2006.
[27] Cf. *cessio bonorum*, *separatio bonorum*. Rappr. *supra* n°96.

**107.** **L'OBLIGATION *INTRA VIRES*, PIERRE D'ACCHOPPEMENT. —** Ce régime génère des difficultés théoriques qui expliquent qu'il soit parfois incompris, ou déformé. L'on est tenté, en particulier, de considérer que l'héritier, en cas d'obligation *intra vires,* n'est pas personnellement et de son propre chef débiteur du créancier successoral[28]. Parce que les créanciers successoraux n'ont aucun droit sur les biens personnels de l'héritier, l'on ne s'explique pas qu'il soit encore leur débiteur. Il est vrai qu'au regard du principe de l'unité du patrimoine une telle disposition peut passer pour exceptionnelle. Car après tout, si c'est la même personne qui est débitrice (du créancier successoral), et propriétaire d'un bien (d'origine personnelle), pourquoi interdire à ce créancier de saisir ce bien ? Et c'est bien pourquoi l'on en est facilement conduit à considérer que l'héritier n'est pas personnellement débiteur et que la succession est une personne morale ou un patrimoine d'affectation.

**108.** **L'HERITIER DEMEURE PERSONNELLEMENT DEBITEUR. —** Et pourtant, c'est ici, surtout, qu'il faut maintenir que l'héritier est bel et bien personnellement débiteur. Ce n'est pas parce que les créanciers successoraux n'ont aucun droit sur les biens personnels de l'héritier que celui-ci n'est pas leur débiteur. C'est ce sur quoi il convient d'insister[29].

[28] Cf. *supra* n°95 : « Cela n'invalide, etc. »
[29] Voilà le point central. Cf. *supra* n°32, 34 et 35, le principe de la transmission successorale des dettes.

Cela est vrai de l’héritier appelé qui n’a pas encore opté. Cela reste vrai de l’héritier sous bénéfice bénéficiaire, qui est un vrai successeur[30]. Dans les deux cas, lorsque le créancier successoral poursuit l’héritier afin de réaliser sa créance, il le fait nominativement contre lui. Sauf, en cas de bénéfice d’inventaire, lorsque l’héritier délaisse. Il peut ainsi abandonner la liquidation du passif successoral et les poursuites ne sont plus dirigées contre lui. Mais en tout cas, même dans cette dernière hypothèse, le successeur est bel et bien personnellement débiteur du créancier du défunt[31]. Et nous serions tenté d’en dire autant de l’héritier qui renonce. Cela peut sembler curieux, mais la logique du système successoral invite à le dire.

**109.** LA FACULTE DE PAYER PONCTUELLEMENT UN CREANCIER SUCCESSORAL. — En outre, rien n’interdit à l’héritier *intra vires* de payer ponctuellement une dette successorale avec un bien propre. Cela avantage le créancier successoral, qui, avant l’option, en cas de renonciation ou de bénéfice d’inventaire, ne peut de son chef atteindre un bien personnel. Cela nuit, ponctuellement, au créancier personnel, qui subit le concours du créancier successoral[32]. C’est aussi un désavantage pour l’héritier lui-même, puisqu’il paie une dette à laquelle il n’était pas tenu, mais cela appartient à ce qui lui est loisible. Il lui est néanmoins

[30] Cf. C. Dumoulin, *Caroli Molinae, Opera quae extant omnia,* Paris : Alliot et Clément, 1658: Heres sub beneficio inventarii est verus heres, quamvis sub certis modificationibus, et est verus dominus rerum hereditariarum.
[31] Une telle possibilité de délaissement fait penser au tiers détenteur de l’immeuble hypothéqué. Mais en un tel cas le propriétaire de l’immeuble n’est précisément pas débiteur. Il faudrait penser au cas de figure de la caution réelle. Car la caution est personnellement tenue. Mais lorsque c’est de manière réelle elle doit pouvoir délaisser.
[32] Sauf, depuis la loi du 23 décembre 2006, sur les biens personnels, le droit de préférence du créancier personnel sur le créancier successoral (l’art. 878 al. 2).

possible d'être *en quelque sorte* subrogé dans les droits du créancier successoral *accipiens* relativement à la masse successorale dans la répartition qui en est faite entre les créanciers successoraux[33]. En revanche, le passage d'un bien de l'actif personnel à l'actif successoral serait problématique, même en cas de succession pure et simple, à cause du privilège dont bénéficie le créancier successoral sur le créancier personnel. Cela nuirait à ce dernier.

**110.** **L'HERITIER *INTRA VIRES* DEMEURE PROPRIETAIRE DES BIENS SUCCESSORAUX. —** La doctrine tend à inférer des règles relatives aux poursuites que la personne débitrice des créanciers successoraux ne saurait être celle qui est propriétaire des biens personnels de l'héritier. C'est excessif, parce que l'on peut être personnellement débiteur sans l'être indéfiniment.

**111.** **1° LES BIENS SUCCESSORAUX RESTENT DANS LE GAGE DES CREANCIERS PERSONNELS. —** Les mêmes raisons fondamentales entraînent d'ailleurs une autre erreur. L'on croit qu'en cas d'obligation *intra vires*, si ce n'est que le successeur n'est plus du tout héritier des biens du défunt, au moins que ceux-ci ne sont pas compris dans sa propriété personnelle, et que par conséquent ils échappent à ces créanciers personnels. Or, le successeur qui exclut ses biens personnels du gage du créancier du défunt n'en hérite pas moins des biens successoraux. Nous pensons

[33] R. Savatier, *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4ème éd., Paris : Dalloz, 1979, n°99, p. 133 "s'il [l'héritier sous bénéfice d'inventaire] avance, sur son patrimoine propre, le paiement d'une dette de la succession, *il se fera rembourser cette avance, comme liquidateur*, au cas où l'actif de la succession se révèlerait insuffisant pour suffire à l'actif" (nous soulignons).

que cela est vrai avant l'option et que cela reste vrai même en cas de renonciation[34].

**112.** **EFFET LIMITE DE LA RENONCIATION. —** La renonciation est considérée de manière exagérée comme une solution radicale qui priverait l'héritier de la propriété des biens successoraux[35]. Lorsque les héritiers d'un même rang ont tous renoncé les créanciers s'adressent aux héritiers du rang suivant, et ainsi de suite, en passant d'un ordre à l'autre. Lorsqu'il n'y a pas d'autres héritiers, ou si tous ont renoncé, la succession est déshérente et la gestion en est confiée à un curateur. Mais, d'abord, tant que personne n'a accepté, le renonçant conserve la possibilité de se rétracter. Ensuite, et surtout, cela ne concerne toujours que la question de l'engagement des biens personnels, car la renonciation est inopposable aux créanciers personnels, qui conservent, nous le verrons, leur vocation sur les biens successoraux[36].

**113.** **ACCEPTATION SOUS BENEFICE D'INVENTAIRE. —** La propriété de l'héritier devrait donc être reconnue *a fortiori* en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire[37]. En effet, les biens successoraux échappent alors définitivement

[34] Cf. l'idée que la renonciation ne serait qu'un abandon : Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, 3ème éd. avec la collaboration de Colin, Paris : L. Larose et L. Tenin, 1905, t.2, p. 12, note 4.
[35] Sur la renonciation, dont il est question, dans les traités, à propos du *règlement* et de *l'option* : F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, livre 2, titre 1er, n°661-669, pp. 549-555 ; Ph. Malaurie, 4ème éd., Paris : Cujas, 1998, n°181, pp. 272-278 ; H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd., Paris : Montchretien, 1999, livre 2, titre 2, chap. 1, n°1104-1111, pp. 394-398 ; M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°498 (sous la section 4 *Causes d'inefficacité de l'option*, § 3 *La fraude*), n°502-506 (sous la section 5, *Les effets de l'option*); G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *op. cit.*, n°969-996, pp. 13-28.
[36] Pour la question des droits du créancier personnel cf. *infra* n°194, mais c'est l'angle sous lequel nous envisageons présentement la renonciation qui en éclaire au mieux la nature.
[37] Notons que cette solution est en quelque sorte de droit commun puisque les incapables et l'Etat, qui peuvent renoncer, ne peuvent succéder autrement. Cela conforte l'idée qu'en principe le créancier du défunt ne voit pas son gage s'élargir aux biens de l'héritier.

aux héritiers subséquents par le rang et l'ordre ou à ceux de meilleur rang ou de rang égal qui auraient renoncé ou qui ne se seraient pas prononcés dans le délai. L'héritier peut encore accepter purement et simplement, mais il ne peut plus se rétracter[38]. Le gage des créanciers du défunt se limite aux biens successoraux et à la valeur de ce que l'héritier en a recueilli. Ce dernier limite ainsi sa participation au paiement des dettes du défunt à hauteur seulement de ce qu'il recueille effectivement, et dont il n'est pas moins héritier, en fait d'actif.

**114.** **2° L'HERITIER *INTRA VIRES* N'EST PAS SIMPLEMENT TENU HYPOTHECAIREMENT. —** Une autre explication du bénéfice d'inventaire prend le contre-pied de la précédente. L'héritier ne serait point tenu personnellement, mais *hypothécairement*, à cause de l'actif successoral qu'il recueille. Cela expliquerait la limitation de sa responsabilité. Les créanciers du *de cujus* exerceraient une sorte de droit de suite sur l'ensemble des biens du défunt. L'héritier, comme le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, ne serait pas tenu, lorsqu'il délaisserait la succession, au-delà de ce qu'il recueille[39]. Le droit positif ne répond pas exactement à cette explication car la limitation de responsabilité vaut également lorsque l'héritier ne délaisse pas. En outre, les biens du défunt ne draînent pas ainsi avec eux le passif successoral[40]. Hormis ces points, nous

[38] V. loi du 23 juin 2006.
[39] M. Planiol et G. Ripert, Paris : LGDJ, 1900-1901 ; J. Maury et H. Vialleton, 1re éd., Paris : LGDJ, 1928, t.4, n°416-419, pp. 510-511, n° 416 : « Il (l'héritier acceptant bénéficiaire qui abandonne la succession) ressemble en ce cas à un tiers détenteur exerçant la faculté de délaissement (art. 2172 C. civ.) ; A. Colin et H. Capitant, Paris : Dalloz, 1916, t.3, p. 597 : « Cette faculté d'*abandon* des biens, permettant à l'héritier bénéficiaire de se décharger sur les créanciers et légataires du souci et du péril de l'administration et de la liquidation, rappelle la faculté de *délaissement* qui appartient au tiers détenteur d'un immeuble hypothèqué (art. 2172). »
[40] Cf. *infra* n°127. Même si l'héritier revend tous les biens successoraux il est toujours débiteur.

aurions un système de succession aux biens[41]. L'on tend à raisonner un peu comme si la succession conservait la personnalité juridique du défunt en vie ou comme s'il s'agissait d'un patrimoine d'affectation. Le recours à de telles théories tient aussi à d'autres raisons, d'un abord technique plus ardu, qui concernent les créances et qui par conséquent seront dites plus tard. Or, si dans un premier temps les idées de personne ou de patrimoine semblent faciliter l'analyse, elles sont pour la suite sources de complications insolubles. Mais surtout, notre système successoral n'a en réalité rien d'extraordinaire.

**115.** **COMPARAISON AVEC LE REGIME DES IMMEUBLES SOUS L'ANCIEN DROIT. —** Saleilles a dit que la règle de l'article 2092 du Code[42], n'étant pas d'ordre public, se trouvait écartée par la loi comme elle pourrait l'être par une convention des parties (tacite au besoin)[43]. L'on a dit aussi que sous l'ancien droit les immeubles d'une personne échappent normalement au droit de gage de ses créanciers[44].

[41] La doctrine classe les systèmes successoraux qui se peuvent rencontrer d'une législation à l'autre en deux types. D'un côté les systèmes de succession à la personne, de l'autre ceux de succession aux biens. Le droit français, jusqu'à présent, a embrassé le premier, puisque, conformément à ce qui y est prescrit, l'héritier y continue la personne du défunt, dans la mesure où il hérite, avec les biens, des créances et des dettes.

[42] Cet article célèbre (« Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ») porte le n°2284 depuis l'Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006.

[43] V. R. Saleilles, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, 2ème éd., Paris, 1922, p. 410 ; F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1ère éd., Paris : Puf,1988, n°6, d), p.20.

[44] G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *op.cit.*, n°1221,p. 161. R. Saleilles explique d'ailleurs cette règle par l'idée de droit germanique : « Le principe de la continuation de la Personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke* (*Festschrift für Otto Gierke),* Weimar, 1911, p. 1021 : « la première conséquence qui semble bien être découlée chez les Germains de l'idée de communauté familiale fut que les immeubles, la terre, les biens fonds, ne répondaient pas des dettes et que, lors du décès, les créanciers du défunt n'avaient pour gage que les biens meubles laissés dans la succession. C'est que, par le fait même que le père de famille n'était pas seul propriétaire de son héritage, il ne pouvait pas plus le grever de dettes sans le consentement de ses héritiers qu'il n'aurait pu l'aliéner sans leur coparticipation. L'immeuble, la terre, ne pouvait être saisi pour des dettes auxquelles l'héritier ne se serait pas engagé » ; « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », Bulletin de la société d'études législatives, vol. 10 (1910), pp. 297 et s.

C’est-à-dire que, pour exprimer la chose dans les termes les plus compréhensibles pour un juriste d’aujourd’hui, le droit de gage général du créancier chirographaire (“l’hypothèque générale”, comme l’écrivait plus justement Cambacérès[45]) ne porte que sur les meubles, jamais sur les immeubles. C’est ce qu’expriment les adages *mobilia sequntur personam*, *mobilia ossibus inharent* ou *meubles sont sièges de dettes*[46]. Les immeubles ne sont engagés qu’à cause de sûretés spécialement consenties, pas autrement. Non seulement l’immeuble de l’ancien droit n’entre pas dans le gage des créanciers personnels de son propriétaire du moment, mais en outre le pouvoir de disposition de ce même propriétaire sur l’immeuble qui lui a été transmis par voie successorale est fortement limité[47]. C’est ce qui a fait parfois croire aux observateurs ultérieurs de ce système que sous l’ancien droit chaque bien immeuble était une personne

[45] Premier projet de Code civil, titre XII, article 19 (P.-A. Fenet, Paris : Videcoq, 1836, t.1, p. 97). Mais attention au fait que dans l’hypothèque il y a l’idée d’un ordre des inscriptions.

[46] Cf. A.-M. Patault, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1989 (je remercie R. Alméras de m’avoir communiqué cet ouvrage).

[47] On distingue à cet égard les immeubles propres des acquêts. L’acquêt est l’immeuble acquis par son actuel propriétaire autrement que par succession, et les acquêts sont bel et bien à l’entière disposition de leur propriétaire, en outre ils peuvent entrer en communauté lorsqu’ils sont acquis durant le mariage. Un immeuble est propre, du point de vue de son actuel propriétaire, lorsqu’il lui a été transmis par succession. Comme les successions sont lignagères, cela veut dire que l’immeuble aura été acquis par un membre du lignage de l’actuel propriétaire et sera transmis successivement dans ce même lignage, selon des modalités variables d’une coutume à l’autre, dans le détail desquelles nous n’entrerons pas ici. Le propriétaire d’un immeuble propre ne peut librement en disposer en faveur d’un étranger au lignage sans l’approbation préalable de tous les membres de ce lignage, et sous réserve du droit de retrait que l’un d’entre eux pourrait encore exercer. Inutile de préciser que du point de vue du droit matrimonial un tel immeuble est propre à l’époux et reste en dehors de la communauté.
Les historiens font remonter ce système au plus haut moyen âge, époque qui vit le droit romain s’effacer devant les droits barbares. Un tel ordre s’expliquerait sociologiquement par le déclin de l’autorité publique et un repli sur la famille lignagère dont la cohésion était fondée sur l’héritage de la terre. Mais dès la première renaissance du droit savant les pays de droit écrit revinrent au principe d’unité de la succession tandis que l’ordre ancien devait perdurer en pays de coutume jusqu’à la Révolution. Quoi qu’il en soit c’est bien le droit de gage général qui l’a réduit en miettes.

fictive[48]. On aurait dit, en effet, qu’une personne civile correspondait à chaque terre et perdurait avec ses dettes et ses droits en dépit des successeurs qui en prenaient l’un après l’autre la direction. Ce ne sont pas de bonnes explications.

**116.** EXPLICATION. COMPARAISON AVEC LE DROIT CIVIL ROMAIN. — En réalité, tout dépend d’un *distinguo*. En bonne logique, cette limitation de responsabilité ne se comprend que parce que la dette n’a pas été contractée de son chef par l’héritier. Le droit civil connaît de nombreux autres exemples de cette situation. Le régime du pécule, en droit romain antique, est exactement comparable à celui des biens personnels en droit successoral. Curieusement, la masse successorale a, relativement à l’héritier, le même statut que le pécule du fils de famille, relativement au père de famille. Le pécule appartient au *pater familias* comme les biens successoraux appartiennent à l’héritier. Les dettes contractées par le fils de famille sur le pécule qui lui est confié[49] sont celles du *pater*, mais elles n’engagent que ce même pécule, à condition que, sur les poursuites du créancier, le *pater* procède à l’abandon noxal. Il y a aussi l’exemple de l’adrogation. L’adrogeant ne paie les dettes de l’adrogé qu’à hauteur de ce qu’il recueille de ses biens. C’était encore le cas, toujours en droit romain antique, pour l’esclave libéré par le testament de son maître, et simultanément institué son héritier (libéré sous condition d’accepter d’être institué). Les biens qu’il acquérait *de son*

[48] Ch. Lefebvre.
[49] Le terme de *confiance* nous engage à évoquer ici le cas du *trust*. Dans le *trust*, l’actif, confié et à restituer, est insaisissable par les créanciers personnels du *trustee* (mais *quid* de son actif personnel, par les autres créanciers).

*chef* postérieurement à sa libération échappaient aux créanciers du *de cujus*, dont le gage se cantonnait à l’actif successoral. Rappelons que les romains rangeaient la *venditio bonorum* (que l’on traduit de manière trompeuse par “l’achat des biens”) dans la classe des causes de succession. Là encore, l’acquéreur, quoique tenu des dettes du *de cujus* (du failli, en l’occurrence), ne l’était qu’à hauteur des biens par lui recueillis[50].

**117.** COMPARAISON AVEC LE DROIT COMMERCIAL ET LES REGIMES MATRIMONIAUX. — En droit commercial, dans la société en commandite, et, en principe, dans toutes les sociétés dites “de capitaux” (SA, SARL, SAS), la responsabilité de l’associé, commanditaire, actionnaire ou participant, pour les actes, auxquels il n’a pas consenti directement, mais qui entrent dans l’objet social, et qui sont passés, donc, par le commandité ou plus largement par le gérant, est limitée à son apport. L’héritier est donc, par rapport au défunt, dans une position comparable à celle du commanditaire par rapport au commandité. L’associé capitaliste n’est tenu de contribuer à la dette que par le seul biais de sa part ou de son apport. C’est exactement de la même manière qu’en droit maritime l’abandon du navire de commerce par son armateur lui permet de limiter à sa fortune de mer sa responsabilité pour les dettes contractées par le capitaine, et de protéger sa fortune de terre. Et dans le cadre du régime matrimonial de la communauté, c’est

[50] En pratique le créancier le plus important et le mieux placé d’un débiteur insolvable n’avait qu’à acheter les biens à hauteur de sa créance pour être satisfait. Un phénomène du même ordre s’observe de nos jours pour le commerçant en redressement dont l’activité continue. L’on distingue les anciens et les nouveaux créanciers du commerçant, et son actif ancien de son actif nouveau.

ainsi, après la dissolution du régime, que la responsabilité pour les actes passés par le conjoint peut être limitée à la part reçue des biens communs. La comparaison du commanditaire avec la femme commune en bien qui acceptait la communauté *sous bénéfice d'émolument* (qui, selon l'expression, "jetait les clés sur la fosse") était traditionnelle[51]. Le bénéfice d'émolument, jadis apanage de l'épouse, dont celle-ci jouissait, en raison de ses faibles pouvoirs, a été bilatéralisé avec l'instauration d'une égalité de pouvoirs[52].

**118.** **EVIDENCE DE L'OBLIGATION *INTRA VIRES*. —** En revanche, la limitation de responsabilité ne se conçoit plus lorsque la personne a contracté la dette, tout comme elle n'a plus lieu d'être lorsque l'héritier accepte purement et simplement. C'est dans le cas d'adoption d'une telle règle en droit positif qu'il y aurait lieu de parler de *fiction législative* et d'*exception aux principes rigoureux du Droit*. Et c'est précisément à ce sujet que l'on n'a pu, en droit des sociétés, faire autrement que de recourir à des théories justificatives du droit positif.

**119.** **CARACTERE EXCEPTIONNEL DES REGLES POSITIVES DU DROIT DES SOCIETES. —** L'on comprend que les créanciers sociaux n'aient pas accès à l'actif personnel de l'associé inactif, mais lorsque celui-ci gère la société ou s'immisce dans cette gestion, en revanche, cela ne se comprend plus. Les exceptions qu'a introduit à

[51] V. cependant, pour la comparaison d'avec la succession : M. Planiol, *Des bénéfices accordés aux héritiers (Droit romain). Du bénéfice d'inventaire (Droit français)*, thèse Paris, 1879, p. 192 ; H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, Paris : Dalloz, 1916, t.3, p. 597. L'héritier bénéficiaire est tenu *cum viribus*, l'époux *pro viribus*.

[52] Art. 1483 al. 2 C. civ. Il ne faut pas confondre ce bénéfice avec la faculté de renoncer à la communauté, dont jouissait en effet l'épouse, avec possibilité de reprendre ses apports. L'épouse renonçante exerçait son action en reprise de son apport en immeubles et en meubles (d'où un conflit fameux avec les créanciers de son époux, et en particulier avec les créanciers de la communauté). Il faut distinguer également l'action en reprise de ses propres.

ce sujet le droit moderne des sociétés supposent au préalable que le gérant puisse écarter son patrimoine personnel du gage du tiers avec qui il contracte. En soi ce n'est pas faux, dans la mesure où les apports demeurent la propriété du capitaliste. Cela serait moins facile à expliquer lorsque les apports lui seraient confiés, car cela signifierait que, de son patrimoine, il n'engage que ceux-ci, contrairement au principe du droit de gage général du créancier. En outre, en ce cas, le danger est que les autres créanciers du gérant aient accès aux apports. Mais lorsque le gérant se trouve être aussi commanditaire, participant ou actionnaire, l'exception est flagrante.

Il faut alors imaginer une personne morale en place du gérant et feindre que celui qui agit en est l'organe. C'est une réelle exception. Cela viole le principe de la responsabilité personnelle.

Le cas de l'héritier bénéficiaire s'apparente donc bien à celui de l'associé unique d'une EURL ou d'une SASU, ou de l'associé d'une SARL, d'une SA ou d'une SAS, à condition de prendre le cas d'un associé commanditaire, participant ou actionnaire, qui ne participerait pas à la gestion et qui ne serait pas en même temps gérant (directement ou par immixion) [53].

[53] Cf. les idées d'une conversion de l'EURL dissoute en SARL, pour éviter l'effet automatique de l'extension du passif au patrimoine de l'associé. De même l'idée de continuation de la société pour les besoins de sa liquidation. Les règles du droit successoral ne peuvent pas s'appliquer en l'absence de la fiction de personnalité morale, dans la mesure où l'associé en cause a consenti personnellement au passif.

**120.** **INUTILITE DES FICTIONS DOCTRINALES EN L'OCCURRENCE. —** Dans le cas du bénéfice d'inventaire, l'héritier veut simplement cantonner sa participation au passif successoral à hauteur de ce qu'il recueille effectivement de la succession en fait d'actif. Ce n'est pas une exception qui réclame l'appel aux théories justificatives du droit positif que sont le patrimoine d'affectation ou la personnalité morale.

**121.** **OBLIGATION *INTRA VIRES* ET DIVISION DES DETTES. —** Nous n'avons pas envisagé autre chose que l'aspect purement successoral de l'interdiction faite au créancier du défunt de saisir un bien de l'héritier d'origine personnelle, mais il est facile de comprendre ce qui en découle relativement à la question de la division des dettes successorales.

En cas de pluralité de successeurs, comme chacun est devenu personnellement débiteur du créancier du défunt, et que celui-ci doit diviser ses poursuites, les différentes parties de la dette peuvent connaître un sort distinct d'un successeur à l'autre. Les droits du créancier successoral sur les biens personnels des successeurs dépendent du sort que la dette connaît respectivement pour chaque héritier[54].

[54] Pour une illustration du fait : Civ. 1re, 3 déc. 2002, *BC* 1, pp. 232-234 (qui fait le rapprochement avec Civ. 1, 19 mars 1996, *BC* 1, n°146, p. 102.) ; Rtd. civ., 2003, chron. Patarin. Second moyen. Cassation. La loi du 23 déc. 2006, introduisant l'art. 792-2 du C. civ. a, sur ce point, consacré la vieille hérésie qui consiste, en ce qui concerne la gestion des biens successoraux, dès lors qu'un héritier accepte sous bénéfice d'inventaire, à imposer ce régime à son coïndivisaire acceptant purement et simplement. Mais l'alinéa second du même article prévoit que le créancier de la succession (et d'ailleurs, *quid* du créancier personnel ?) puisse réclamer le partage lorsque des difficultés surgissent à cause du bénéfice d'inventaire. Le partage est toujours la bonne solution.

Le sort du créancier du défunt est tout autre, comme on s’en doute, sur les biens d’origine successorale.

# Chapitre 2
# Les biens d'origine successorale extérieurs à la masse indivise

**122.** RAPPEL DU PLAN ADOPTE. — Nous venons de traiter de l'actif d'origine personnelle. Au moment d'aborder l'actif d'origine successorale nous devons rappeler qu'en ce qui le concerne la prudence dans la recherche exige de procéder à une double distinction.

Nous nous concentrons d'abord sur les *biens* successoraux, abstraction faite des *créances* successorales, auxquelles est consacrée notre troisième partie. L'idée directrice de cette division étant que pour le créancier qui souhaite être payé, l'actif de son débiteur, l'actif susceptible de répondre à ses poursuites, se découpe fondamentalement en biens et en créances, parce qu'une créance n'est que de l'actif virtuel, un actif artificiel, une représentation, une fiction et une pure valeur comptable, tandis qu'un bien est quelque chose de naturel et de réel. La nature des choses commande donc de ne pas mélanger les réflexions relatives aux régimes des uns et des autres.

Et concernant les biens d'origine successorale, nous distinguons encore entre ceux qui sont dans la masse indivise, auxquels est consacrée notre deuxième partie, et ceux qui sont en dehors, dont nous nous occupons dans le présent chapitre. Certains biens successoraux sont en effet extérieurs à la masse, soit qu'il n'y soient pas entrés[1], soit qu'ils en soient sortis, par le partage, ou même avant le partage, par la licitation. Précisons que dans les deux cas, anciennement indivis ou non, le bien demeure, au sein de l'actif de l'héritier, successoral par son origine. La catégorie du bien d'origine successorale englobe donc ceux qui sont dans l'indivision et ceux qui lui sont extérieurs. Mais il existe de bonnes raisons de traiter distinctement des uns et des autres.

**123.** **LIQUIDATION DE L'INDIVISION ET LIQUIDATION DE LA SUCCESSION. —** L'obligation, et avec elle le paiement et la liquidation, sont concernés par le partage de l'indivision successorale pour une raison primordiale. C'est qu'en droit successoral, au conflit entre indivisaires s'adjoint le conflit entre créanciers personnels et créanciers successoraux. Or, il y a un principe traditionnel de primauté du conflit des créanciers personnels et successoraux sur les conflits liés au partage. Pour la doctrine classique, que nous soutenons, les règles valables pour la liquidation des biens successoraux de l'héritier unique ne devraient pas être infléchies en cas de pluralité d'héritiers. La liquidation de l'indivision

[1] Il est des biens successoraux qui n'entrent pas en indivision. Ils sont appropriés en parfaite exclusivité par celui des successeurs qui les possède, à charge de les rapporter en valeur le jour du partage. Les biens rapportables en nature ne sont donc pas concernés par le présent chapitre, parce qu'ils intègrent la masse partageable.

successorale est donc imbriquée dans la liquidation de la succession en général, tout comme celle des indivisions post-communautaires et post-sociétaires le sont dans la liquidation de la communauté ou de la société.

Notons que le statut de cette subdivision entre liquidation des biens successoraux (comme en cas d’héritier unique), et liquidation des biens indivis, soulève déjà un sujet majeur de discorde entre partisans de la propriété collective et défenseurs de l’indivision classique. Quoiqu’il soit certain que les idées de propriété collective ont eu de l’influence ici et là sur la succession en tant que telle comme sur l’indivision, cette distinction apparaît déterminante pour cette théorie. En effet, puisque c’est l’idée d’un passif de l’indivision autonome au regard de celui personnel aux indivisaires qui est en cause, à ce passif c’est l’actif indivis qui devrait répondre prioritairement et comme naturellement[2].

Il y a aussi que dans la liquidation de l’indivision, certains effets, que l’on peut par erreur attribuer au contexte d’indivision, sont au contraire à mettre au compte de la liquidation de la succession. Tout cela fait qu’il vaut mieux traiter de chaque chose séparément.

**124.** **Liquidation de la succession. Plan. —** Il convient de traiter d’abord du régime général de cet ordre des paiements entre créanciers successoraux et créanciers personnels, et de préciser ensuite quel régime particulier il connait, en

[2] Cf. *supra* note 92 sous n°15, les dispositions transitoires de la loi de 2006, qui distinguent les règles relatives à l’indivision de celles relatives à la succession, pour lesquelles il n’y a pas rétroactivité.

cas d’obligation *intra vires*, lorsque les biens successoraux constituent le gage unique des créanciers ou lorsqu’ils sont gérés par un curateur.

## Section 1
## Le conflit du créancier personnel et du créancier successoral sur les biens d’origine successorale extérieurs à la masse indivise

A la règle d’une vocation naturelle du créancier personnel sur les biens successoraux, à laquelle un conflit prend sa source, s’enchaîne la seconde, qui le règle normalement par le privilège de la séparation des patrimoines[3] au profit du créancier successoral.

### § 1
### *Source du conflit : les biens héréditaires, gage de tous les créanciers de l’héritier*

Les biens successoraux constituent le gage commun des créanciers successoraux et personnels. En ce qui concerne les créanciers successoraux, c’est une règle normale, mais qui mérite d’être précisée, et quant à celle, plus curieuse, qui bénéficie aux créanciers de l’héritier, il faut en donner la teneur exacte.

[3] L’expression figurait dans la loi, art. 878 C. civ., mais depuis la loi du 23 juin 2006 une nouvelle rédaction n’utilise plus cette expression, et parle de préférence, ce qui est plus exact. Nous maintiendrons néanmoins l’expression, courante en doctrine. Cf. *infra* note 7 sous n°125.

## A) Le droit du créancier successoral sur les biens héréditaires

Comme précédemment, nous allons commencer par parler du droit successoral en général, afin de préciser le contexte que cela crée pour l'application du principe de division des dettes du défunt.

### 1) *Les biens héréditaires et la transmission des dettes du défunt*

L'étude de la règle de la transmission des biens successoraux et des dettes du défunt nous invite à revenir un instant sur la comparaison que nous avons initiée précédemment avec certaines matières voisines.

#### a) La règle des droits du créancier successoral sur les biens héréditaires, en droit des successions

**125.** APPLICATION DU PRINCIPE DE TRANSMISSION DES DETTES. — Que le créancier successoral suive son gage[4] est une évidence, le contraire eût été très surprenant. Mais notons que s'il y a une sorte de parallélisme avec le droit du créancier personnel sur les biens personnels, néanmoins, le contexte est très différent puisqu'aux yeux du créancier successoral la personne débitrice et propriétaire avec qui il a contracté est défunte. Cela nécessite donc une précision. Il faut rappeller que le décès du débiteur n'interdit *en aucun cas* au créancier de poursuivre le recouvrement de ses dettes sur les biens successoraux[5]. Les

[4] M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°627, p. 611 (section 2 Les tempéraments à l'inorganisation des paiements), sur la terminologie « gage ».
[5] Cf. Civ. 1re, 19 juill. 1976, Bull. Civ 1, n°264 : « le recouvrement des dettes successorales peut

poursuites peuvent toujours être exercées contre l'héritier, et, lorsqu'il n'y en a pas, contre le tenant lieu d'héritier, l'Etat. L'héritier est débiteur des créanciers de son auteur à compter du moment de l'ouverture de la succession. En outre il n'est pas d'héritier, dès l'instant qu'il est saisi[6] (de plein droit ou non, auquel cas par envoi en possession) et qu'il arrive en rang utile, qui puisse demeurer étranger aux rapports qui liaient le défunt à ses créanciers. Cela est indépendant de l'option que prend l'héritier, tout comme du fait qu'il ait exercé ou non cette option. Cela ne dépend même pas des termes de son option, car lorsqu'il accepte sous bénéfice d'inventaire il ne fait que dégager ses biens personnels des dettes, et, s'il renonce, en vérité, cela n'empêche qu'il a été débiteur[7]. Les poursuites pourront être dirigées contre l'héritier, personnellement ou, comme à défaut d'héritier connus, nominativement contre un curateur, en cas de difficulté, lorsque l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire puis délaisse la succession, ou même lorsqu'il renonce. Mais ce dernier point ne change rien de

---

toujours — ce, indépendamment de l'acceptation de la succession — être (…) poursuivi (…) sur les biens qui composent la succession ». C'est le premier point de cet arrêt, le second concerne les biens à l'état indivis et sera vu à sa place (d'où les parenthèses, qui sont de nous).

[6] La saisine est la clé de la matière. La transmission a lieu sans même que les héritiers ne manifestent leur accord. Nous ne parlons ici que des héritiers *ab intestat*.

[7] Cf. *supra* n°112. Les expressions de succession ou d'acceptation bénéficiaire ou sous le bénéfice de l'inventaire ont été remplacées, par la loi du 23 déc. 2006 (art. 1er), conformément au projet de 2005, par celle, qui figure donc dans le nouvel art. 768 du C. civ. « d'acceptation à concurrence de l'actif net ». Il y a, en philosophie du droit, des recherches approfondies à conduire sur cette manie qu'ont nos contemporains de changer les mots des choses. Cela avait commencé avec la guerre contre le latin juridique, et cela se poursuit à l'intérieur de la langue française. L'héritier qui accepte dans la limite de l'actif doit faire inventaire (art. 789 C. civ, loi du 23 juin 2006). Pour notre part nous avons décidé de maintenir le vocabulaire ancien qui, pour imparfait qu'il soit, pris à la lettre, a pour lui d'être celui utilisé par Justinien, Accurse, Cujas, Pothier et Demolombe. De même, en matière commerciale, il convient, si l'on veut être compris des générations qui viendront, de parler de *faillite* à l'exclusion de toute autre expression alambiquée. Cf. R. Saleilles, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit com.*, t.11, 1897, n°59, p. 38 (le droit, science de mots, où l'on croit avoir tout modifié en créant un nom nouveau).

fondamental: la propriété des biens et les dettes sont assumées par le successeur du défunt.

**126.** Le successeur est tenu personnellement. — Depuis l'ouverture de la succession, le patrimoine du défunt, gage du créancier de ce dernier, est devenu la propriété de l'héritier. En vertu de la succession la relation qui se noue entre successeur et biens successoraux n'est pas de nature autre que celle que le défunt lui-même nouait déjà, avant son décès, avec eux. L'idée générale serait que, l'héritier étant à la fois propriétaire des biens successoraux et débiteur du créancier du défunt, le processus de succession a opéré une permutation des personnes. La situation du créancier du défunt relativement aux biens de son débiteur n'est pas censée avoir changé d'un *iota*, et il est assuré du respect d'un certain *statu quo ante*. L'idée pourrait être que pour maintenir la corrélation du passif et de l'actif il faut poursuivre le propriétaire de cet actif. Mais la raison essentielle ne tient pas tant dans l'appropriation des biens successoraux, que, plus précisément, à la succession aux dettes. Car le successeur est tenu *personnellement*, et, quant aux biens successoraux, comme s'il avait lui-même contracté, et non point *hypothécairement*[8], comme le serait l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué (ou nantis, nous pensons à l'antichrèse)[9]. Les créanciers du défunt ne suivent pas les biens successoraux comme l'on dit d'un créancier

[8] En pratique cela représente une différence très importante.
[9] L'héritier n'est pas non plus tenu comme le serait la caution. Car il faudrait se demander sur la tête de qui reposerait la dette, si ce n'était sur celle de l'héritier.

hypothécaire qu'il suit l'immeuble grevé d'hypothèque entre les mains de ses propriétaires successifs[10].

**127.** **LES DETTES NE SONT PAS ATTACHEES AUX BIENS, MAIS A LA PERSONNE. —** D'ailleurs, si l'héritier est maître de disposer des biens du défunt, puisqu'il en est devenu propriétaire, il ne peut les transmettre à autrui de la manière universelle dont il les a acquis (sauf à son décès, mais alors sa volonté n'y sera pour rien). Il ne peut en disposer qu'à titre particulier, selon les modes habituels de transmission de la propriété entre vifs. L'actif successoral n'est pas une masse qui puisse en quelque sorte drainer les créanciers derrière elle. Les dettes du défunt, qui sont devenues celles de l'héritier, ne sont pas transmises au sous-acquéreur des biens successoraux. Les dettes successorales restent, que l'on nous pardonne l'expression, chevillées au corps de l'héritier. Il n'est pas libéré, et l'acquéreur des biens successoraux n'en est pas tenu. Car d'avoir été le créancier du défunt ne constituerait pas, pour le créancier successoral, un droit de suite contre le rétrocesseur des biens successoraux. C'est bien pourquoi, d'ailleurs, les créanciers du défunt auront, mais au titre de créanciers de l'héritier, leur mot à dire[11].

**128.** **CESSION DE DROITS SUCCESSIFS. —** L'on pourrait croire qu'il en va autrement en cas de cession de droits successifs. En réalité, il n'y aura pas d'exception au

[10] La récente loi du 23 déc. 2006 est absolument contraire à cet esprit. Elle consacre une avancée, sur ce terrain, des idées germanistes de propriété collective.
[11] C'est pourquoi, en cas de bénéfice d'inventaire, l'héritier n'a pas tout pouvoir.

principe tant que cette question fameuse[12] sera résolue selon la logique classique[13]. L'on ne tolère que la renonciation *in favorem*. C'est-à-dire que le renonçant ne peut pas transmettre ses droits à quelqu'un qui n'aurait pas d'ores et déjà la vocation successorale. L'héritier ne peut renoncer qu'en faveur de successeurs qui auraient de toute manière hérité, avec lui ou à son défaut. Autrement, si le disposant, en transmettant les biens successoraux, entend modifier le déroulement normal de la dévolution successorale[14], c'est nécessairement qu'il a accepté au préalable. Car en ce cas il faut que les biens soient entrés dans son patrimoine pour qu'il puisse agir sur leur sort. Une telle volonté de disposer manifeste qu'il a tacitement accepté la succession[15]. Il s'agira donc d'une simple transmission des biens à titre particulier, et les dettes ne seront pas transmises. La discussion porte surtout en cas de renonciation *in favorem*, lorsque le renonçant, sans donc rien modifier de l'ordre normal de la disposition, négocie néanmoins sa renonciation contre argent, ou tout du moins avec contrepartie pécuniaire. L'on tend à regarder le fait de la contrepartie

[12] Question qui n'est pas sans faire penser à celle de la vénalité des offices. Rappr., en droit commercial, la cession du fonds de commerce.

[13] Dès lors qu'il y a acceptation de la succession, les dettes successorales restent attachées à la personne du cédant qui ne peut s'en décharger sur les épaules du cessionnaire de l'actif. L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil* publié d'après le *Cours élémentaire de droit civil* d'Ambrose Colin et Henri Capitant, coll. Précis Dalloz, 9[ème] éd., Paris : Dalloz, 1950, t.2, n°804-807 (La vente d'hérédité ou cession à titre onéreux de droits successifs), pp. 400-401 ; G.-A. Chabot de l'Allier, Paris, 1839, t.2, sous art. 873, n°18-19, pp. 519-521 (le cessionnaire n'est tenu que vis-à-vis du cédant ; en outre il peut être tenu hypothécairement, mais ce point est hors de cause) ; Aubry et Rau, 4[ème] éd., Paris, 1867-1879, t.2, § 162, pp. 3-4 (citent Toullier, V, 510 et Zachariae, § 168, texte *in fine*, et note 8) ; P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°155, pp. 125-126 (jurisprudence citée).

[14] Art. 780 al. 2 et depuis la loi du 23 juin 2006 art. 783 al.

[15] Article 780 C. civ., jusqu'à la loi du 23 juin 2006, désormais article 783. La disposition nouvelle précise que l'acceptation, emportée par la cession, est pure et simple. Autrement dit, le cessionnaire, qui transmet l'actif successoral, ou sa part d'actif, est responsable du passif sur son actif personnel.

comme la preuve que les biens successoraux sont entrés dans son patrimoine[16]. La même discussion se retrouve *mutatis mutandis* à propos des substitutions. L'on distingue pour les mêmes raisons la substitution vulgaire, qui est permise, de la substitution fidéicommissaire, qui est prohibée[17].

**b) Les règles, comparables de celle du droit du créancier successoral sur les biens héréditaires, dans les matières voisines du droit successoral**

**129.** LA SOCIETE EN COMMANDITE. — En ce qui concerne les sociétés, l'archétype de la responsabilité de l'associé est représenté en droit des sociétés par la commandite. R. Saleilles ne s'était pas trompé sur la vertu de paradigme de ce contrat[18]. Néanmoins, cette comparaison présente des limites que nous allons indiquer.

**130.** 1° TERMES DE LA COMPARAISON. — En commandite, la nature des relations respectives de l'associé commandité et du commanditaire relativement à l'apport est problématique. C'est cette relation qui est comparable, *mutatis mutandis*, à celle du *de cujus* et de l'héritier relativement aux biens successoraux. Le défunt serait le gérant et l'héritier son associé. Si l'on considère que le commanditaire

[16] La vocation successorale échappe au commerce juridique. Article 780, al. 3 C. civ., jusqu'à la loi du 23 juin 2006, puis art. 783 al. 3.

[17] La question est de savoir si les biens transitent ou non entre les mains du successeur donateur. En cas de legs d'une part héréditaire ou d'une hérédité entière, si le gratifiant succède préalablement au défunt le gratifié ne peut plus bénéficier que du legs d'une universalité de fait, motif pris de ce que le patrimoine est parfaitement indisponible (Aubry et Rau, *op. cit.*, § 162, pp. 3-4 ; ils citent Toullier, V, 510 et Zachariae, § 168 texte *in fine*, et note 8.

[18] R. Saleilles, *op. cit.*, n°2, p. 11.

remet au commandité la propriété de son apport**,** il en résulte une sorte d'obligation du commandité envers le commanditaire.

**131.** **LA COMMANDITE AVANT LA DISSOLUTION. —** Mais cette obligation est particulière. Le commandité n'aura pas à restituer le montant exact de l'apport, car l'idée est de faire participer le commanditaire aux bénéfices justement dans la mesure de son apport. C'est là un point essentiel qui distingue le capitaliste du bailleur de fonds et la commandite du prêt à intérêts. En outre, et là réside le trait véritablement distinctif de l'opération, le commanditaire participe également, dans la mesure de son apport, aux pertes. Cela signifie que même si le créancier social ne peut, pendant le fonctionnement de la société, poursuivre directement le commanditaire, ce dernier est néanmoins concerné. En cas de concours entre les créanciers du commandité et le commanditaire qui, la société dissoute, réclamerait la restitution de son apport, ce sont les créanciers qui passent en premier. C'est bien pourquoi la libération de l'apport apparaît, aux yeux des créanciers du commanditaire, comme une opération qui met leur gage en danger.

**132.** **SITUATION DES CREANCIERS. —** Les créanciers personnels et le créancier social du gérant social n'ont pas plus l'un que l'autre à s'inquiéter du capital social détenu par leur débiteur, qui regarde la relation du commandité et du commanditaire. Leur priorité sur le commanditaire s'explique bien en ce qui concerne les créanciers sociaux, puisque de toute manière le passif social doit s'imputer à proportion sur la part du commanditaire dans les bénéfices. Mais

lorsque le commandité aurait en outre des créanciers personnels, c'est une difficulté et un risque supplémentaire pour les créanciers du commanditaire.

**133.** **LA COMMANDITE DISSOUTE. COMPARAISON AVEC LE DROIT SUCCESSORAL. —** En revanche, une fois la société dissoute, le partage effectué et les parts attribuées, le créancier social est seul à bénéficier d'un droit de poursuite contre le commanditaire. Les créanciers personnels du commandité n'ont aucun droit sur la part du commanditaire. Ici la comparaison est possible. Le commanditaire est devenu propriétaire des biens qui constituent sa part et comme il est, pour sa part, débiteur des créanciers sociaux, il est normal que ceux-ci suivent leur gage.

**134.** **2° PREMIERE LIMITE DE LA COMPARAISON. —** La première limite à la comparaison avec le droit successoral tient à ce que le commanditaire n'a pas que des créanciers sociaux, il a aussi des créanciers personnels. L'associé (ou l'époux commun en biens) qui contracte une dette s'engage personnellement vis-à-vis du tiers, c'est-à-dire qu'il s'oblige indéfiniment, sur tous ses biens présents et à venir. Il est, comme n'importe quel contractant ordinaire, soumis à la règle du droit de gage général du créancier. C'est une règle importante qui signifie, dans ce contexte, que normalement un créancier qui s'adresse à son débiteur n'a pas à se voir opposer sa situation d'associé (ou, en droit matrimonial, d'époux commun en biens). Le créancier ne doit ni pâtir, ni tirer profit d'une distinction entre les actes intéressant la société (ou la communauté) et les actes personnels de l'associé (ou de l'époux). Le commandité ne peut affecter à son activité

sociale, au sein de son patrimoine, des biens qu'il protégerait de ses créanciers personnels[19]. Cela représente un risque pour le commanditaire qui a remis son apport au commandité. L'apport est compris dans le patrimoine du commandité. Par le biais de son apport le commanditaire participe au paiement de tous les créanciers du commandité, non seulement des créanciers sociaux. Le gage général des créanciers de l'associé commandité, de tous ses créanciers sans distinction, s'accroît des apports effectués par le commanditaire qui au demeurant reste hors de cause. Le risque pour le commanditaire, et donc aussi pour ses créanciers personnels, est représenté par le fait que les créanciers personnels du commandité ont le droit de se payer avant qu'ils ne récupèrent leur apport. De la sorte le droit de l'associé commanditaire, calculé au moyen d'un compte, peut très bien se traduire par une créance finalement difficile à réaliser lorsque le commandité est insolvable. C'est le risque de l'opération pour le commanditaire, de ne pouvoir récupérer son apport et même sa part des bénéfices qu'après le paiement des créanciers purement personnels du commanditaire.

[19] Dans l'arrêt Barçon c. Bourgeon, du 18 avril 1860 (*H. Capitant*, 11[ème] éd., Paris : Dalloz, 2000, t.1, n°86), l'affaire présente la structure habituelle (dont nous avons parlé *supra* note 15, sous n°36) lorsque la notion de personne est en cause : au centre, le débiteur, c'était l'époux, le mari, qui avait contracté une première dette avant la dissolution de la communauté (datée de 1828) envers un premier créancier, Carpentier, et une seconde, alors que la communauté dissoute n'était pas partagée, envers un second, Bourgon, qui, le premier, avait inscrit une hypothèque (en 1849). Et le conflit de ces deux créanciers portait sur un tiers terme problématique qui concernait en l'occurrence un immeuble de la communauté conjugale. Le premier créancier, Carpentier, qui présentait un pourvoi en cassation, prétendait que « la communauté aurait constitué une personne civile, se distinguant des deux époux, possédant un actif affecté aux dettes faites pendant sa durée, susceptible, de plein droit, d'être suivie par ces dettes, de manière à ne pouvoir, qu'à la condition de leur entier acquittement, devenir le gage d'autres créanciers » (4[ème] attendu). Le conflit eût été d'une structure toute différente s'il s'était agi d'un créancier de l'époux antérieur à la dissolution, en conflit, après le partage, avec un créancier personnel de son épouse.

**135.** **SECONDE LIMITE DE LA COMPARAISON. —** En outre, cela constitue la seconde limite à la comparaison, le commandité n'est pas défunt, et il ne s'agit pas de sa succession. Il demeure débiteur, et pour le tout, de l'ensemble de ses débiteurs. Notons, en outre, que ce n'est pas l'ensemble de son patrimoine qu'il transmet au commanditaire, mais uniquement une part du capital. Il conserve sa part et ses biens personnels.

**136.** **AUTRE APPROCHE DE LA COMMANDITE. LE COMMANDITAIRE PROPRIETAIRE DE L'APPORT. —** Il y a une façon de voir la commandite qui rapprocherait mieux cette forme de société du droit successoral. Il s'agit de maintenir le droit de propriété du commanditaire sur son apport, et de dire que le commandité n'en est que le curateur. Le commandité gère un patrimoine d'affectation constitué du capital social. C'est le modèle du pécule. En droit antique il est possible de procéder ainsi, parce que le fils de famille ou l'esclave vicaire n'ont pas la personnalité juridique ; ils n'ont point de biens personnels ni la capacité d'être débiteurs de leur chef. Cela est plus problématique en droit moderne, où tout homme a la personnalité juridique[20].

**137.** **HYPOTHESES DE COMMANDITAIRES PERSONNE MORALE. —** En droit moderne, la comparaison avec le droit successoral serait plus exacte lorsque "la société" serait une personne morale dirigée par un organe. Il suffit donc de remplacer le

[20] C'est pourquoi l'on a parfois usé du mécanisme de l'indivision des biens apportés, nous y reviendrons.

commandité par un être de fiction pour obtenir tantôt une société anonyme ou une société anonyme simplifiée, lorsque la commandite serait par action, tantôt une société à responsabilité limitée, lorsque ce serait une commandite simple. Le mécanisme juridique est strictement le même. En ce cas les biens sociaux ne sont pas engagés pour des dettes autres que sociales. Le gérant n'engage pas les biens sociaux pour ses dettes personnelles, et, réciproquement, il n'engage pas ses biens personnels pour les dettes sociales. Le gérant du capital est commandité par le capitaliste qui ne court plus le risque de voir les créanciers personnels du commandité saisir ses apports, de même que le gérant n'engage plus ses biens personnels pour les dettes qu'il contracte au nom de la société. Et la société se dissout lors de la restitution des apports à l'associé. Le patrimoine social est absorbé par celui de l'associé. La succession réaliserait alors quelque chose de l'ordre de la fusion absorption du droit des sociétés.

**138.** **ANORMALITE DE CES CAS DE FIGURE. —** Mais c'est une infraction aux principes. Car une seule et même personne gère son actif personnel et engage l'actif social. En outre, pour que la figure soit complète, il faut ajouter que contrairement aux règles habituelles de la commandite, ici le capitaliste, c'est-à-dire le commanditaire, peut-être aussi commandité. Lorsque le gérant est aussi associé l'on atteint alors le comble, car la commandite reposait sur une stricte répartition des rôles entre les associés. Le commandité était le seul à pouvoir s'engager pour la société envers les tiers. Le commanditaire ne le pouvait pas et

ne devait avoir, condition de la limitation de sa responsabilité, qu'une influence discrète sur les décisions d'administration et de disposition. Ici le cumul des deux qualités est permis, puisque l'actionnaire ou le titulaire de parts peuvent être organes dirigeants de la personne morale. Non pas uniquement participer aux délibérations des assemblées, ce que leur droit social leur permet, mais diriger. La justification théorique importe assez peu. Personne fictive organiquement représentée par un gérant ou patrimoine d'affectation de ce même acteur principal ou du commanditaire, cela revient au même. Cette figure de société issue des métamorphoses du droit commun causées par la fiction de personne et l'autonomie du patrimoine place les intérêts de toutes les parties prenantes dans un équilibre instable. Le commanditaire peut s'auto-contrôler et s'auto-autoriser les décisions les plus graves pour les intérêts sociaux[21].

**139.** **LE CAS D'ASSOCIE UNIQUE. —** Avec l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (E.U.R.L. ou SARL ou SAS à associé unique) la figure est poussée à son extrême limite[22]. En effet, en ce cas il n'y a plus qu'un seul et unique commanditaire. Lorsque l'associé de lui-même nomme un curateur, cela correspond au pécule. Mais lorsqu'il gére lui-même le fonds social, à quoi faut-il comparer l'étrangeté et, n'ayons pas peur des mots, la monstruosité logique du système qui se noue au final avec la figure de l'E.U.R.L.[23] ?

[21] Nous poursuivrons la comparaison avec ces sociétés dans le cas où l'actif successoral serait indivis.
[22] Parce que la pluralité des associés, qui pouvait encore expliquer les choses par l'indivision de l'actif social, disparaît.
[23] Cf. *infra* n°153.

### 2) *La régle de la division des dettes du défunt et les biens successoraux extérieurs à la masse indivise*

**140.** DIVISION DES POURSUITES. — Il n'y a pas de raison sérieuse pour qu'il en aille différemment de la question de la division des dettes sur les biens propres, selon qu'ils sont d'origine personnelle ou successorale. Les héritiers sont débiteurs à la place du défunt. Ils prolongent aussi la propriété du défunt. Le créancier successoral suivra naturellement son gage entre leurs mains. Mais il poursuivra chaque héritier pour sa part de la dette et sur sa part des biens successoraux – que ceux-ci soient appropriés en exclusivité par l'héritier avant ou après le partage. La division des dettes s'applique pleinement[24].

**141.** OPINION CONTRAIRE DE JACQUES FLOUR. — Néanmoins l'on en discute en doctrine, à cause des idées de Jacques Flour, qui voulait expliquer tout le droit successoral par une idée d'équilibre de poids et de contrepoids[25]. Il disait que la division des dettes, qui est un avantage pour l'héritier, peut être accordée à celui

[24] A propos de l'affaire Rolland, Tissier, S. 1894.1 p. 179, au sujet de l'idée d'indivisibilité hypothécaire sur tous les biens du défunt, après le partage, cite Cass., 9 janv. 1827 (aff. Chatigny), et dit que l'idée, reprise par Lafontaine, *Revue crit.*, 1856, t.15, pp.335 et s., a été réfutée par Pothier, *Traité des obligations.*, Paris et Orléans, 1761, n°309, et que tout le monde reconnaît aujourd'hui, écrit-il, que « après le partage, les biens héréditaires n'existent plus comme tels », et il cite A.-M. Demante, 2ème éd., Paris : éd. Plon, Nourrit et cie, 1883 – 1896, t.3, n°210 bis 2 et Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, p.258 § 583 note 8 et p. 673 § 636 note 14.

[25]. J. Flour et H. Souleau, coll. « U », 1ère éd., Paris : Armand-Colin, 1982, 2ème éd., 1987, 3ème éd. 1991, n°277. Rappr. M. Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, 6ème éd., Paris : Sirey, pp. 11-12 : « L'institution est un équilibre de forces qui, d'un point de vue interne, se traduit par une séparation des pouvoirs. (…) L'institution politique suppose une constitution et une constitution suppose des équilibres de pouvoirs. Toutes les situations sociales qui ne sont pas des institutions parce que la force agissante n'y est pas équilibrée, méritent le nom de *tyrannie*, elles sont exécrées des hommes à cause de leurs excès et par cela même moins solides et moins durables. » Nous citons ici cet extrait, mais il indique à lui seul que cette idée trouverait mieux son contexte dans la distinction de l'*auctoritas* et de la *potestas* (sur laquelle notre mémoire de DEA, *Corpus separatum*, EHESS, 1998).

qui accepte la succession purement et simplement. L'entrée des biens personnels de l'héritier dans son gage, représente, pour le créancier du défunt, un avantage, en contrepartie duquel il doit supporter de ne pouvoir poursuivre l'héritier sur tous ses biens personnels, que pour la part de celui-ci[26]. En revanche, l'héritier qui limite sa responsabilité aux biens successoraux bénéficie d'un avantage qu'il ne saurait cumuler avec celui de la division des dettes, sans créer un déséquilibre.

**142.** **DISCUSSION DE CETTE OPINION. —** En cas de pluralité d'héritiers, lorsque les uns acceptent purement et simplement et les autres non, il nous semble que ce sont uniquement les biens successoraux, extérieurs à la masse indivise, des héritiers *intra vires*, qui sont en cause. Non ceux, personnels ou successoraux, de l'héritier qui accepte la succession purement et simplement. Certes, le droit positif a fini par accorder au créancier successoral un droit sur les biens successoraux lorsqu'ils sont indivis, mais pour des raisons qui ne dépendent pas de l'option du ou des héritiers, raisons que nous aborderons le moment venu. L'on entend, dans la théorie de Jacques Flour, qu'il n'y ait pas lieu à division en cas d'obligation *intra vires*. Par conséquent, dans cette théorie, sur la part divise ou indivise des biens successoraux de l'héritier *ultra vires*, la dette se divise, car l'indivision de la dette successorale ne saurait être supportée par cet héritier[27].

[26] L'idée d'équilibre entre succession *ultra vires* et division des poursuites est déjà chez J. Maury et H. Vialleton, 2ème éd., Paris : LGDJ, 1956 ; G. Ripert et J. Boulanger, 2ème éd., 1947, t.4, n°367, pp. 533-534.
[27] Sauf les complications que cela supposerait, en cas d'indivision des biens, si le droit *sui generis* du créancier successoral n'était pas reconnu comme aujourd'hui.

L’on ne discute donc plus aujourd’hui que de nier la division sur les biens successoraux, extérieurs à la masse indivise, de l’héritier *intra vires*, et d’accorder au créancier du défunt, en somme, le droit de poursuivre un héritier bénéficiaire sur son bénéfice, même extérieur à la masse indivise, pour l’entièreté de la dette.

### B) Le droit du créancier d’origine personnelle sur les biens héréditaires

Contrairement au droit du créancier successoral sur les biens personnels, le droit du créancier personnel sur les biens successoraux est de droit commun. L’occasion nous a été donnée de dire que l’on ne peut l’en priver[28]. Il en résulte inévitablement un conflit avec le créancier successoral.

**143.** VOCATION NATURELLE DU CREANCIER PERSONNEL. — Le changement de débiteur se traduit, aux yeux du créancier successoral, par l’irruption subite de nouveaux créanciers, ceux personnels à l’héritier. La vocation naturelle des créanciers personnels de l’héritier sur les biens du défunt s’explique par la transmission successorale. Aux yeux des propres créanciers de l’héritier, le patrimoine censé répondre de leur créance s’élargit. Biens successoraux et biens personnels sont appropriés par la même personne[29]. Ils sont englobés dans la

[28] Cf. n°112 et 145.

[29] Cela distingue essentiellement l’héritier, quel que soit son statut, d’un tuteur (le défunt étant en position de pupille) ou du curateur et du liquidateur de la succession. Car en pareils cas l’administrateur n’est pas propriétaire des biens dont on lui confie la gestion. Ceux-ci échappent donc absolument à ses créanciers personnels, et ce serait une faute, pour un gérant, de payer ses dettes personnelles avec les biens successoraux. Faute susceptible d’autoriser l’action des créanciers successoraux contre le curateur personnellement.

même universalité juridique et ne forment qu’un seul patrimoine. Mais par contraste avec ce qui se passe, pour le créancier successoral, relativement à l’actif personnel, le créancier personnel ne peut pas être écarté. Il n’est pas, pour l’héritier, d’option possible. Quand bien même le gage du créancier successoral, serait, de son côté, écarté des biens personnels, la réciproque est interdite. La raison en est qu’ici il s’agit de dettes que l’héritier a contractées de son chef. Il est donc normal que ses propres créanciers aient en quelque sorte la même vocation que lui sur l’actif successoral.

**144.** ACCEPTATION SOUS BENEFICE D’INVENTAIRE. — Or, le droit des créanciers personnels de l’héritier est si large que cela semble indiquer que ce dernier est propriétaire des biens successoraux *en tout cas*. Nous ne voulons pas parler du cas très clair de succession pure et simple. C’est alors l’évidence même, puisque l’héritier est confirmé dans son titre, que ce soit dû à son comportement ou à une manifestation explicite de sa volonté, et qu’il ne pourra plus se rétracter. Mais c’est le cas, aussi bien, quoique d’une manière moins évidente, lorsqu’il ne succéderait au défunt que sous bénéfice d’inventaire[30]. Alors le successeur est acceptant, et le demeure, quoi qu’il fasse. L’héritier bénéficiaire est vraiment propriétaire des biens successoraux. Même lorsqu’il abandonne la succession. Car en ce cas la succession reste acceptée, et par lui. Il en va de même de

[30] Mais pour des raisons, qui, ici, tiennent au bénéfice d’inventaire. Cf. *infra* n°158.

l'héritier sous bénéfice d'inventaire qui délaisse, car il est propriétaire du reliquat, de l'éventuel *boni* de liquidation, que dégagera la liquidation.

**145.** PORTEE LIMITEE DE LA RENONCIATION. — A l'extrême limite, quand bien même l'héritier renonce à la succession, ses créanciers personnels ne cessent de considérer l'hérédité comme leur gage. Il faut se représenter le cas d'une hérédité qui serait bénéficiaire mais qu'un héritier personnellement endetté et insolvable refuserait afin de ne pas la voir lui échapper (et échapper à sa famille) au profit de ses propres créanciers. L'action paulienne est ouverte aux créanciers du renonçant, et la renonciation leur est inopposable, comme si c'était leurs droits qui avaient été atteints[31]. Cette action des créanciers ne remet pas en cause la renonciation de leur débiteur[32]. Elle n'opère pas rétractation de la renonciation, qui d'ailleurs supposerait que personne d'autre n'ait accepté la succession[33].

**146.** VERITABLE ENJEU DE L'OPTION. — Le droit du créancier personnel du successible sur l'actif successoral paraît décidément hors d'atteinte. Il a un droit sur les biens du défunt dont l'héritier lui-même ne saurait le priver en renonçant. L'effet de la renonciation se limite à profiter aux autres héritiers, ou appelle à se prononcer à leur tour des héritiers qui seraient inférieurs au renonçant par le rang

[31] La loi du 23 déc. 2006 (art. 1er) a intégré cette disposition au Code civil, art. 779.
[32] M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, p. 487.
[33] C'est au cas de rétractation obtenue par l'action oblique que nous pensions. Il reste toujours permis à un renonçant de se rétracter, tant qu'un autre héritier appelé n'a pas accepté, ou ne s'est pas rétracté le premier. La faculté de rétractation est soumise à une prescription trentenaire. Tandis que la succession ne peut pas échapper par prescription à l'héritier saisi qui ne se prononce pas. Mais la renonciation serait-elle irrévocable que le droit du créancier personnel ne serait pas atteint. V. loi du 23 juin 2006.

et l'ordre. Et, à leur tour également, les créanciers personnels de ceux-ci peuvent alors en bénéficier, parce que tout créancier personnel d'un héritier saisi qui arrive en rang utile comprend les biens successoraux dans son gage. L'option est sans incidence sur le créancier personnel de l'héritier[34]. Elle regarde les héritiers entre eux, et, bien sûr, les créanciers successoraux, relativement aux biens personnels.

**147.** LA SAISINE. ACTION DES CREANCIERS PERSONNELS AVANT L'OPTION. — Il faut comprendre le droit du créancier personnel comme un effet de la saisine que la rétroactivité de la renonciation n'atteint pas. La saisine est une institution difficile à comprendre[35]. L'héritier s'approprie les biens successoraux dès l'ouverture de la succession[36]. A l'égard de ses créanciers l'héritier est forcément propriétaire de l'actif successoral[37]. Il est vraiment remarquable que les créanciers personnels de l'héritier seulement appelé, qui n'a pas exercé son option, puissent poursuivre les biens successoraux. Peu importe l'option qu'il prendra. Les créanciers personnels de l'héritier inactif auraient, dit-on parfois, le

[34] Au regard, en particulier, de l'indivision, la saisine collective n'étant pas équivalente de la pluralité de successeurs.

[35] Je n'use de ce terme que pour exprimer la logique romaine de la transmission. Il n'est pas d'origine latine, mais germanique. Je ne fais pas l'étude de l'institution de la saisine, ce qui supposerait une approche historique approfondie ; en outre, je crois qu'il conviendrait de l'aborder sous l'angle de la *dévolution successorale*, qui n'est pas notre objet. La saisine était en question dans la querelle que trancha l'arrêt Toussaint. Consulter le riche ouvrage d'E. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs. Le droit de succession en France — son fondement, sa nature*, Paris, 1895. V. R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, spéc. vol. 9, pp. 308-322, vol. 10 (1910), pp. 64, 80-81 et 85.

[36] Cf. L. Julliot de La Morandière, *Précis de droit civil* publié d'après le *Cours élémentaire de droit civil* d'Ambroise Colin et Henri Capitant, coll. Précis Dalloz, 9ème éd., Paris : Dalloz, 1950, t.2, n°454, p. 219.

[37] Cf. la transmission des dettes du *de cujus*. L'héritier est vraiment censé être propriétaire et débiteur à la place du *de cujus*, comme le *filius familiae*.

droit d’accepter par la voie oblique[38]. Mais il reste que l’héritier peut néanmoins encore renoncer à la succession après leur action. Autrement dit, l’option n’a pas été exercée[39]. L’option n’est pas en cause. Et qu’importe son attitude, active ou passive, car il en va pareillement lorsque, avant l’option, la liquidation est confiée à un curateur.

**148. « Le mort saisit le vif ». —** Ces règles indiquent que l’héritier saisi est déjà successeur. Et en réalité, cela est cohérent avec la théorie selon laquelle les biens successoraux sont acquis à l’héritier à l’instant même où ils sont abandonnés par le *de cujus*. La transmission successorale opère à l’ouverture de la succession. S’il n’y a pas d’héritier la règle joue au profit de l’Etat. La doctrine française est majoritairement attachée à cette règle qui est exprimée sous la forme d’un adage célèbre : *le mort saisit le vif*. Tout hiatus dans l’appropriation des biens, toute jacence est ainsi écartée. Les choses se passent donc comme si l’héritier était censé, à l’égard de ses créanciers personnels, propriétaire en tous cas de la succession.

**149. Comparaison avec le droit du commanditaire sur sa part et de l’armateur sur le navire. —** Ce droit du créancier personnel sur les biens successoraux est comparable à celui de l’associé commanditaire sur l’apport et sur la part de ce dernier. L’associé a un droit, et ce droit est le gage de ses créanciers personnels. Après la libération de l’apport par le commanditaire, ses créanciers personnels

[38] Cf. *supra* note 33 sous n°145.
[39] Cf. le cas du créancier successoral qui saisit les biens personnels de l’héritier avant que celui-ci n’exerce l’option.

n'ont pas plus de droit que lui contre le commandité. Mais, après la liquidation, ils n'en ont pas moins. Et ils sont, relativement à cette part, en concours avec les créanciers sociaux, tout comme le créancier personnel avec les créanciers successoraux. De même, le navire de commerce reste le gage de tous les créanciers de l'armateur, ceux nés de son chef comme ceux nés du chef du capitaine, qui sont en conflit, comme les créanciers de l'héritier.

### § 2
### *Règlement du conflit : le privilège de la séparation des patrimoines*

La règle qui précède est l'explication ou la source d'un conflit du créancier du *de cujus* et du créancier personnel de l'héritier relatif à l'actif successoral. La règle du privilège dit de la séparation des patrimoines s'emploie à résoudre ce conflit au profit du créancier successoral. Ce dernier n'a donc pas à s'inquiéter de la vocation du créancier personnel.

**150.** PORTEE DE LA SEPARATION DES PATRIMOINES. — L'institution de la séparation des patrimoines est citée parfois parmi les exceptions au principe de l'unité du patrimoine[40]. C'est une erreur et il s'agit de ne pas se laisser abuser par une terminologie trompeuse. Si l'on est attentif à l'aspect technique des choses, l'on voit que cette institution porte en réalité fort mal son nom. Il n'est en rien question de séparer biens personnels et successoraux comme le sont deux patrimoines distincts. La séparation des patrimoines n'a d'autre effet que

[40] Il s'agit toujours de la même liste d'exceptions, qui comporte le patrimoine de mer, les biens de l'absent, etc.

d'accorder au créancier du défunt un privilège sur le créancier personnel de l'héritier. Il s'agit d'un privilège au sens technique que ce terme reçoit en droit des sûretés. Autrement dit, lorsque l'on procède à la saisie d'un bien successoral et qu'il s'agit d'en partager le prix entre les créanciers, ou même lorsque l'on poursuit un débiteur du défunt et qu'il est question de répartir le paiement entre les mêmes, le conflit des créanciers du défunt et de ceux de l'héritier se règle par un privilège des premiers sur les seconds. Cela ne prive aucunement le créancier personnel de son droit sur le reliquat[41].

**151.** **DROIT DU CREANCIER PERSONNEL SUR LE RELIQUAT. —** Lorsqu'il y aurait une véritable séparation entre deux patrimoines, comme il en va entre ceux de deux personnes, cela expliquerait, certes, que le créancier de l'un soit payé d'abord, mais cela entrainerait cette autre conséquence parfaitement erronée, beaucoup plus étendue qu'un simple privilège, de *priver les créanciers personnels de tout droit sur l'actif successoral*. Or, qu'un créancier héréditaire leur soit préféré n'empêche pas l'actif successoral d'être entré dans leur gage. Ils seront simplement payés à leur tour. L'effet du privilège de la séparation des patrimoines est donc très mesuré, et il n'y a pas besoin, pour l'expliquer, d'en arriver à parler de patrimoine d'affectation ou de personne morale[42].

[41] R. Saleilles commet l'erreur que nous envisageons au texte, lorsqu'il dit que les créanciers personnels des associés n'auraient aucun droit sur la part de leur débiteur dans le fonds social : « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit com.*, 1897, t.11, p. 34.
[42] Même vision, à propos de l'affaire Rolland, chez P. de Loynes, D.P. 1893.1, p. 5, col. 1.

**152. Division des dettes. —** En outre, la séparation des patrimoines ne remet pas en question la division des dettes. Le créancier peut bénéficier, relativement à chacune des parts divises de l'actif successoral, et au prorata de la part prise dans la dette par l'héritier qu'il poursuit, de son privilège sur les créanciers personnels du même héritier. Cela signifie que la situation du créancier du *de cujus* n'est pas, hormis le souci d'avoir à multiplier ses poursuites, appelée à s'aggraver du fait du décès de son débiteur[43].

[43] La séparation des patrimoines ne conférera jamais rien de plus au créancier du défunt qu'une protection de son gage originaire contre les créanciers personnels de l'héritier ; ce n'est pas un frein à la transmission successorale et ne fait évidemment pas obstacle à la division des dettes, pas plus d'ailleurs que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (cf. M. Planiol, Paris : LGDJ, 1900-1901 , t.3, n°2103, note 2, 3ème éd., 1905, p. 435). Dans l'affaire Rolland (v. note 33 sous n° 52), le créancier du défunt prétendait voir la totalité de sa créance honorée, grâce au fait qu'il avait réclamé la séparation des patrimoines. Cette institution, sa nature et ses effets, serait donc le problème central de cette affaire (*pro* Tissier, S. 1894.1.177). Mais il faut préciser que, pour la défense de Rolland (le créancier), la séparation peut avoir trois effets, le premier n'est pas discuté en l'occurrence, le deuxième forme le problème principal et le troisième le problème subsidiaire de cette affaire. 1°La séparation des patrimoines donne au créancier successoral une action contre l'héritier, qui ici se trouve être, à titre personnel, le débiteur principal (il est donc caution de lui-même) : pour cet aspect, qui n'était donc pas en cause, v. *infra* note 23 sous n°733. 2°La séparation des patrimoines pourrait avoir un effet direct sur la division des dettes, en l'empêchant. Tissier, *op. cit.,* p. 180 col. droite : « On pourrait aussi, revenant à l'idée de la séparation des patrimoines dans le droit romain, organiser une séparation portant sur l'ensemble du patrimoine du défunt, permettant de le faire liquider par un curateur, afin que les biens du débiteur soient affectés, avant tout partage et tout prélèvement, au payement des dettes qu'il a laissées. » P. de Loynes, D.P. 1893.1, p. 5 col 1 : « Par suite de la séparation des patrimoines, le défunt serait en quelque sorte considéré comme continuant d'exister jusqu'au jour où ses créanciers seraient intégralement désintéressés ou tout au moins son patrimoine, réalisé et distribué » ; Loynes invoque Paul et Ulpien, L.1, § 17, et L.5, *D. de separationibus*, 42, 6 et Cass. 15 juill. 1891 ; v. aussi p. 7 col. 2. Sur cette thèse, Tissier (*op. cit.*, de p. 177 col. centrale et droite à p. 178 col. de droite) fait cette citation *pro* de C. Demolombe : « Une fois la séparation obtenue, les héritiers sont, au regard des créanciers de la succession, des tiers détenteurs de biens affectés par la loi au payement des dettes héréditaires » (l'argumentation de C. Demolombe invoque l'idée du basculement entre actif et passif). Ce serait la thèse *principale* de Rolland. Elle est discutée dans les 3ème (énoncé), 4, 5 et 6èmes (réfutation) attendus de l'arrêt de la Cour de cassation (1893). Selon Tissier, position déjà condamnée par Civ., 3 févr. 1857, D.P. 57.1.49 et 9 juin 1857, D.P. 57.1.295. Mais ce n'est pas, comme on l'a faussement cru (H. Capitant, Paris : Dalloz), la seule des thèses de Rolland (ni surtout la plus intéressante). 3° Subsidiairement, la division des dettes ayant bien eu lieu, la séparation des patrimoines, remplissant son effet normal (privilégier, relativement aux biens successoraux, le créancier successoral sur le créancier personnel), permettrait à Rolland, créancier du défunt, d'être payé de toute sa créance. Or, cet effet suppose au préalable une certaine théorie du rapport en valeur, dans laquelle le principe de division des créances est mis en cause. C'est le véritable problème de l'affaire Rolland (ce qui a été trop peu remarqué, cf. Tissier, *op. cit.*, p. 178, col. droite), la position du pourvoi étant énoncée par la Cour dans le 7ème attendu de son arrêt, puis réfutée dans le 8ème. Sur la discussion de ce dernier problème, qui implique celui de la nature de la succession, v. la note 19 sous n°533. Dans l'affaire Frécon, le cas était similaire, mais il y avait fraude (v. la note additionnelle en

**153.** COMPARAISONS AVEC LES SITUATIONS VOISINES. — De manière comparable, le créancier social qui poursuit le commanditaire sur sa part de l'actif social bénéficie d'un privilège sur le créancier personnel de son débiteur. Il en va de même du créancier "du navire" qui poursuit l'armateur sur la fortune de mer. Dans le cas d'une EURL, lorsque l'associé serait gérant, il a semblé difficile de maintenir, après la dissolution, quant à l'actif social, un privilège des créanciers sociaux sur les créanciers personnels de l'associé. Mais sans doute cette crainte est-elle due au fait que l'associé a contracté lui-même les dettes sociales. Toujours est-il que l'on a parlé de reporter la dissolution pour les besoins de la liquidation ou que l'on a conseillé à l'associé de convertir l'EURL en SARL[44]. Notons que le créancier hypothécaire bénéficie, relativement à l'immeuble hypothéqué, tenu par le débiteur principal ou par une caution personnelle, d'un privilège sur les créanciers personnels.

**154.** LE PRIVILEGE ET L'OPTION. — Le créancier du défunt bénéficie de son privilège de plein droit tant que l'héritier n'a pas exercé son option. De même, il continue d'en profiter automatiquement lorsque l'héritier accepte sous bénéfice d'inventaire[45], et son privilège lui reste encore utile, nous avons vu pour quelle raison, en cas de renonciation de l'héritier[46].

---

annexe).

[44] M. Storck, Chron. sous Com. 19 nov. 2002, *Banque &Droit* 2003-87, p. 45 note 2.

[45] C'est la jurisprudence qui a décidé que l'acceptation bénéficiaire emportait de plein droit la séparation des patrimoines. Si le gage des créanciers successoraux se cantonne aux biens du défunt, ils bénéficient d'un privilège sur les créanciers personnels de l'héritier. F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 7ème éd., Paris : Dalloz, 1999, n°821, p. 798. Dans l'arrêt Barçon c/ Bourgeon, du 18 avril 1860 (H. Capitant, 11ème éd., Paris : Dalloz, 2000, t.1, n°86), précité note 19 sous n°185, le créancier de la communauté entendait profiter *au nom de la personnalité civile*

**155.** LE PRIVILEGE ET L'OBLIGATION *ULTRA VIRES*. — Quoique le créancier personnel voie lui aussi surgir sur son gage originel le créancier successoral, non seulement, nous l'avons vu, symétriquement il n'y a pas de privilège possible entre créanciers personnels et créanciers successoraux sur les biens personnels de l'héritier, mais en outre, le droit que l'on accorde aux créanciers du défunt d'atteindre les biens personnels de l'héritier à égalité avec les créanciers originels de celui-ci ne le prive pas de son privilège sur les biens successoraux. Le privilège de la séparation des patrimoines n'est pas remis en cause par la succession pure et simple[47]. On aurait pu imaginer qu'il en aille autrement, car tel était le cas en droit romain avec la *separatio bonorum*[48]. Sauf l'opinion, marginale paraît-il, de Papinien[49]. En droit français la séparation des patrimoines ne dépend pas de l'obligation *intra vires*, conformément à l'opinion, donc, de Papinien[50].

---

*de la communauté*, d'une sorte de bénéfice d'inventaire couplée avec un privilège de séparation des patrimoines.

[46] Lorsque, sur plusieurs héritiers, un seul accepterait sous bénéfice d'inventaire, cela suffirait pour que le créancier bénéficie du privilège de la séparation des patrimoines à l'égard de tous les autres (L. Julliot de la Morandière, *op. cit.*, t.2, p. 567).

[47] En outre, la jurisprudence a décidé que lorsque l'héritier, d'acceptant sous bénéfice d'inventaire, devient acceptant pur et simple, ou lorsqu'il est déchu de son bénéfice, les créanciers successoraux continuent de bénéficier *ipso iure*, sans avoir à en faire la demande, du privilège qu'ils tiennent de la situation antérieure ; Civ., 18 juin 1833, cassation, S. 1833.1.730 ; Civ., 11 janvier 1882, rejet, S. 1884.1 317. F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°821, p. 798.

[48] J. Maury et H. Vialleton, *op. cit.*, 1re éd., 1928 ; M. Planiol, 1re éd., Paris : LGDJ, 1900-1901, t.4, pp. 550-551 : à Rome, *venditio bonorum* (p. 550) et fiction de rescision de l'acceptation (p. 551), d'où le déni aux créanciers du droit de concourir avec les créanciers personnels de l'héritier (p. 551, note 1). Dans le système romain, si le créancier successoral a un privilège sur les biens successoraux, il n'a plus de droit sur les biens personnels (du tout, il n'est pas seulement question, comme aujourd'hui, depuis la loi de 206, d'un privilège des créanciers personnels), sinon (si le créancier successoral n'a pas de privilège sur les biens successoraux), il a un droit sur biens personnels. Bénéfice d'inventaire et privilège de séparation sont donc liés.

[49] P. Ourliac et J. de Malafosse, *Droit romain et ancien droit*, Paris : Puf, 1957-1968, p. 356, cités par G. Marty et P. Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème éd., Paris : Sirey, 1972, p. 181.

[50] La succession pure et simple n'est pas exclusive du privilège de la séparation des patrimoines,

**156.** **CONDITIONS D'OBTENTION DU PRIVILEGE. —** Néanmoins le bénéfice *ipso jure* d'un privilège des créanciers successoraux sur les biens successoraux se justifie lorsqu'il compense la limite de leurs droits à ce même actif, mais, ensuite d'une acceptation pure et simple, pour conserver son privilège il doit en réclamer le bénéfice face aux créanciers personnels de l'héritier. Le privilège est laissé à sa discretion. Un créancier successoral qui ne souhaiterait pas conserver son privilège ou qui n'aurait pas respecté les conditions pour le réclamer ne serait plus, par cela seul qu'il est créancier du défunt, privilégié, relativement aux biens successoraux, sur le créancier de l'héritier[51].

**157.** **ACCEPTATION DE L'HERITIER POUR DEBITEUR. —** D'autre part, le Code prévoit que le créancier du défunt peut toujours perdre le privilège à lui offert en acceptant l'héritier pour débiteur. L'article 879 du Code civil parle en ce cas de

conformément à l'opinion de Papinien.

[51] Le privilège ne devrait pas jouer entre créanciers du défunt ayant réclamé son bénéfice et ceux qui n'auraient pas pris cette précaution. C'est le principe d'égalité des créanciers qui s'applique (V. Civ., 8 déc. 1924, DP 1925.1.64.). D'où la difficulté en présence de trois créanciers, dont le premier serait créancier personnel de l'héritier, le deuxième un créancier du défunt privilégié, et le troisième un créancier du défunt non privilégié ; seul le deuxième, créancier héréditaire inscrit, serait privilégié par rapport au premier, créancier personnel de l'héritier, en vertu de quoi le troisième, créancier héréditaire non-inscrit, restant à égalité avec le créancier personnel, devra passer après l'inscrit, ce qui brise évidemment l'égalité entre créanciers successoraux. N'admettant pas cette conséquence, jurisprudence et doctrine rivalisent d'ingéniosité pour échafauder des remèdes compliqués. Seulement lorsque l'on veut combiner la règle d'égalité entre créanciers successoraux avec celle relative au privilège de la séparation des patrimoines la situation devient insoluble. En effet, comment faire pour, d'une part, payer le créancier inscrit avant le créancier personnel et le créancier non inscrit à égalité avec le créancier personnel, tout en payant, d'autre part, l'inscrit à égalité avec celui qui n'est pas inscrit ? Nous laisserons là cette difficulté, en l'occurrence purement scolastique, comme il en existe quelques unes en droit (on se demandait ainsi, en droit successoral, comment favoriser l'enfant légitime issu d'un mariage au cours duquel a été commis un adultère, sur l'enfant naturel issu de cet adultère, sans cependant briser l'égalité entre ce dernier et d'autres enfants qui eux même doivent venir à égalité avec le premier), qui rappellent les dessins de Escher.

novation, quoiqu'il ne s'agisse en rien d'une novation au sens strict du terme[52]. Cela doit pouvoir opérer même en cas d'obligation *intra vires*.

## Section 2
## L'acceptation sous bénéfice d'inventaire et les biens d'origine successorale extérieurs à la masse indivise

**158.** LOGIQUE GENERALE DE L'ORDRE SUCCESSORAL DES PAIEMENTS (TER). — Lorsque l'héritier est tenu *ultra vires successionis*, et dans l'hypothèse où les créanciers successoraux renoncent à leur privilège, la distinction des biens d'origine personnelle et successorale ne présente aucun intérêt. Toute autre possibilité exige cette séparation. L'ordre du paiement des créanciers en dépend. Nous avons vu à quel point le sort d'une créance personnelle et celui d'une créance successorale étaient distincts et dissymétriques sur les masses de biens concernées. L'héritier a une certaine vocation à comprendre les biens de son auteur dans son patrimoine, ce qui explique qu'il ne puisse interdire à ses créanciers personnels de comprendre l'actif successoral dans leur gage. Mais les créanciers du défunt ne doivent pas supporter les dettes contractées par l'héritier. Les créanciers de l'ancienne génération ne doivent pas supporter les dettes contractées par la nouvelle[53]. Le privilège du créancier successoral sur le

[52] En particulier les privilèges et hypothèques attachés à l'ancienne créance ne disparaissent pas, Civ. 8 déc. 1924, DP 1925.1.64. La loi du 23 déc. 2006 (conformément au projet de 2005) a changé la *numérotation*, il s'agit désormais de l'article 880, et la *formulation* (l'on parle de renonciation au droit de préférence, là où il s'agissait d'une *acceptation de l'héritier pour débiteur*).
[53] Cf. R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », bulletin de la société d'études législatives, vol.10, 1910, p. 102 : « A côté de la famille qui s'éteint, il y a celle qui se fonde. A-t-on toujours le droit de compromettre celle-ci pour l'honneur de l'autre, et de mettre l'avenir en péril par respect du

créancier personnel trouve aussi sa justification dans le fait que, sur les biens successoraux, il passe, en tant que créancier, avant l'héritier propriétaire. Les créanciers personnels de l'héritier ne sauraient donc avoir plus de droits que lui. Les biens du défunt sont spécialement affectés, à cause de cette provenance, au paiement des créanciers successoraux. Mais les raisons qui valent pour les biens successoraux ne valent plus pour les biens personnels. L'héritier peut soustraire ses biens personnels à ses créanciers successoraux. L'héritier a la faculté, non point le devoir, de payer les dettes du défunt sur ses biens propres. Lorsqu'il le fait, ses créanciers personnels ne peuvent s'en plaindre. Cette dissymétrie signifie que la génération nouvelle peut payer les dettes de l'ancienne, mais n'est pas forcée de le faire[54]. En somme, pour reprendre la comparaison avec la fusion de sociétés, c'est la personne juridique de l'héritier qui absorbe celle du défunt, et non l'inverse[55].

**159.** **DISTINCTION DES PASSIFS ET DES ACTIFS PERSONNELS ET SUCCESSORAUX. —** La séparation entre masses personnelles et successorales est interne à l'actif de l'héritier. Elle ne relève pas du *debitum,* mais des règles de l'*obligatio*[56]. C'est l'ordre entre créanciers qui l'exige. Car sur elle repose l'équilibre des intérêts entre passif personnel et passif successoral. L'on porte atteinte aux intérêts du

---

passé ? »

[54] Cf. *supra* n°96, note 20 sous n°99 et n°106. Il va de soi que ces louanges pour le droit positif d'alors se retournent contre lui, aujourd'hui, après la loi du 23 juin 2006, qui introduit le privilège de la séparation des patrimoines au profit des créanciers personnels relativement aux biens personnels de l'héritier.

[55] Cf. *supra* n°38 et 137.

[56] Cf. n°43.

créancier successoral lorsque l’on amoindrit l’actif successoral[57]. Et il est visible que la séparation entre les actifs n’est pas respectée lorsqu’un élément de l’actif personnel sert au paiement du passif successoral.

**160.** **TRANSGRESSIONS DE LA SEPARATION.** — Lorsqu’un bien changerait d’affectation ou même lorsqu’il y aurait transfert de valeur d’une masse à l’autre cela toucherait à l’équilibre normal des intérêts respectifs des créanciers successoraux et personnels. Avant que d’envisager les hypothèses dont il s’agit, disons ce que cela signifie en principe. Il suffit d’envisager soit le cas de figure le plus grossier du passage d’un bien de l’actif successoral à l’actif personnel, soit qu’un élément de l’actif successoral a servi à payer le passif personnel de l’héritier. Cela se fait au détriment du créancier successoral. Lorsqu’il bénéficie de son privilège, c’est l’assiette de celui-ci qui lui échappe. Il est lésé de manière plus claire encore lorsque la succession n’est acceptée que sous bénéfice d’inventaire ou lorsque l’héritier y a renoncé, puisqu’alors il perd son seul gage possible. En ce cas cela favorise aussi l’héritier, en outre de ses créanciers personnels.

**161.** **POUVOIRS ET RESPONSABILITE DE L’HERITIER SOUS BENEFICE D’INVENTAIRE.** — Le successeur voit, sur les biens successoraux, ses pouvoirs fortement limités. Il ne peut pas faire les actes les plus importants sans l’autorisation du tribunal. Un acte de disposition fait sans le contrôle et l’autorisation du tribunal risque d’être

[57] Pour l’atteinte aux droits du créancier personnel lorsque c’est l’actif personnel qui est touché, cf. *supra* n°99.

interprété comme la manifestation d'une volonté d'accepter purement et simplement, avec toutes les conséquences que cela comporte. Cela concerne avant tout l'acte de vente, qui opère la liquidation des biens successoraux, et le prix intéresse le paiement des créanciers. Les créanciers successoraux ont par ailleurs, pour régler leurs conflits, la possibilité de faire opposition, ce qui introduit l'ordre dans les paiements. L'héritier est tenu de rendre compte et sera tenu sur ses biens personnels à concurrence de ce dont il s'avère reliquataire. Il doit d'ailleurs veiller à ne pas encourir la déchéance de son bénéfice, ce qui permettrait aux créanciers successoraux de le poursuivre sur ses biens personnels (addition d'hérédité). Mais il n'est tenu que de ses fautes graves.

**162.** **FACULTE D'ABANDON. —** L'héritier sous bénéfice d'inventaire peut d'ailleurs abandonner la gestion des biens successoraux aux créanciers[58]. Le tribunal désigne alors un curateur au bénéfice d'inventaire. Cela n'empêche que l'héritier demeure propriétaire des biens successoraux. Le délai du bénéfice d'inventaire s'apparente au délaissement de l'immeuble hypothéqué. Ici et là l'intéressé, normalement propriétaire de l'héritage, a la possibilité d'en confier la gestion à un curateur qui s'occupera de la liquidation au regard des créanciers. La différence avec le tiers détenteur qui délaisse l'immeuble hypothéqué c'est que le tiers détenteur n'est pas débiteur personnellement du poursuivant (sans quoi il ne pourrait point délaisser), tandis que l'héritier demeure bien personnellement

[58] Cf. le faillit.

débiteur. La présence de ce curateur, représentant d'une personne, peut renforcer l'illusion qu'il y a de croire que l'héritage est une personne. L'on aurait pu concevoir le délai comme une condition du bénéfice d'inventaire, mais il n'en a rien été[59]. Autre chose est la question des biens successoraux avant l'option. Pendant le délai pour faire inventaire et pour délibérer le successeur peut être amené à gérer l'hérédité, de même ensuite, tant qu'il n'a pas opté[60]. S'il le

[59] Cf. certaines coutumes barbares, qui faisaient de l'abandon des biens la condition de l'obligation *intra vires* (R. Saleilles, *ibid.*, p. 298).

[60] Il faut veiller à ne pas confondre l'acceptation sous bénéfice d'inventaire avec le bénéfice du délai pour faire inventaire et délibérer. La terminologie peut prêter à confusion alors que ce sont deux institutions distinctes. Certes, leur finalité est la même. Il s'agit de parer aux risques d'une succession ruineuse. Mais dès l'origine chacun de ses régimes relevait d'un système propre et ils n'étaient pas même cumulables. Soit l'on réclamait le bénéfice d'un temps de réflexion avec pour ce le moyen de l'inventaire afin de décider en pleine connaissance de cause (il semble bien que ce soit le système de Justinien, v. R. Saleilles, *op. cit.*, vol. 9, pp. 296-325 et vol. 10 (1910), pp. 56-102), soit, l'inventaire étant fait, on écartait les conséquences néfastes de l'acceptation. Chez J. Domat la distinction des deux institutions est nettement définie : *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris : Le Clerc, 1777, p. 290, part. 2, l. 1, tit. 2, *princ.*, al. 1-2. Et d'ailleurs, à lire le Code civil (avant la loi du 23 déc. 2006), on pourrait croire que seul le système de la délibération est retenu. Ou le contraire, tellement les articles 793 à 810 peuvent se lire comme étant exclusivement consacrés à l'une ou à l'autre des deux institutions. Cf. le premier projet de Code. Si tel était le cas, l'héritier potentiel pourrait délibérer, pendant ce temps il serait « héritier sous bénéfice d'inventaire », ensuite il aurait un choix à deux branches : accepter ou refuser. Mais tel n'a pas été le système reconnu par la doctrine et par la jurisprudence. G.-A. Chabot de l'Allier, premier commentateur de cette partie du Code, et qui avait participé à sa rédaction, présentait les articles 795 à 799 comme communs aux deux bénéfices et les articles 800 à 810 comme spécifiques de l'acceptation bénéficiaire : 6ème éd., Paris, 1832, t.2, p. 580. Notre Droit, sans sortir d'un certain flou, laisse donc à l'héritier la possibilité du cumul. Non seulement il peut délibérer, mais son option est à trois branches. Pendant le délai l'héritier peut encore renoncer à la succession. Le sort de cette dernière n'est pas encore fixé et c'est pourquoi l'on pourrait dire qu'elle traverse une phase de jacence. Dans le cas de l'acceptation bénéficiaire on ne cherche qu'à écarter les risques d'une acceptation pure et simple, mais l'option a été exercée. Alors que l'héritier potentiel peut encore renoncer, l'héritier bénéficiaire ne le peut plus, son choix est irrévocable ; tout juste lui est-il possible de renoncer à son bénéfice et d'accepter purement et simplement (P. Raynaud, *op. cit.*, n°149, p. 118). C'est pourquoi si par exemple l'héritier meurt après avoir accepté sous bénéfice d'inventaire, ses héritiers hériteront de lui, c'est sa propre succession qui s'ouvrira, et non plus celle du premier défunt ; alors que s'il meurt avant d'avoir opté, ces héritiers devront au préalable exercer l'option de son chef (voici une question pertinente au regard de la distinction que nous visons : est-ce que l'inventaire pour délibérer fait obstacle à la rétractation de la renonciation d'un précédent héritier de rang supérieur ? V. Civ. 1ère, 4 oct. 1977, D. 1978.IR.247 ; P. Raynaud, *op. cit.*, n°168, p. 136 ; note 158. En bref, dans un cas l'héritier n'est que potentiel, dans l'autre il est effectif. Les articles 795 à 801 *correspondaient* (faut-il dire, après la loi du 23 juin 2006) au délai pour délibérer et faire inventaire, seuls les articles 802 et suivants correspondaient au bénéfice d'inventaire. Les choses sont plus claires aujourd'hui que la loi du 23 déc. 2006 a consacré les art. 771-773 au délai pour délibérer (d'ailleurs profondément réformé) et les articles 791 à 803 à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

souhaite, les biens sont confiés à un curateur. De même en cas d’inaction des successibles.

## Conclusion de la première partie

**163.** LA PERSONNE, LE PATRIMOINE ET LE BENEFICE D'INVENTAIRE. — En tout cas il n'y a qu'une seule personne physique en cause, et donc, d'un côté, en vertu du principe selon lequel la personne, c'est l'homme, il n'y a qu'une personne juridique, d'un autre côté, en vertu, cette fois-ci, des règles du droit patrimonial, il n'y a qu'un seul patrimoine. Que l'on entende le terme de patrimoine au sens objectif ou subjectif, en tout état de cause il n'y en a qu'un seul. Il se trouve simplement qu'au sein de cet unique ensemble juridique les biens successoraux ne suivent pas le même régime que les autres. C'est à cet égard, mais uniquement à cet égard, qu'il est question de les en distinguer. Il est nécessaire de circonscrire la masse des biens successoraux au sein de la masse générale des biens de l'héritier. Car sans doute que les mécanismes du droit des obligations nécessitent, pour leur mise en œuvre, que des universalités soient circonscrites, mais il ne s'agit pas d'universalités juridiques, car elles existent toujours au sein d'une autre universalité, bel et bien juridique celle-ci, et qui les contient.

**164.** **LA PERSONNE, LE PATRIMOINE ET LA SEPARATION DES PATRIMOINES.** — La situation pourrait demeurer relativement simple[61]. Mais l'erreur consiste à analyser la séparation des patrimoines tel un obstacle à l'addition d'hérédité et comme une survie fictive du défunt. Cette erreur est riche d'enseignements. Elle est symptomatique de ce que souvent l'on a de la personne une notion floue, et du danger que recèlent les représentations doctrinales du patrimoine et de la personne morale. L'illusion est à mettre au compte des relations des notions de personne et d'obligation. Ce qui est en cause c'est toute affectation d'un actif déterminé à un passif donné, et les rapports que cela entretient avec la personnalité. Trop souvent la doctrine extrapole à partir de peu et croit devoir bâtir des personnes morales ou des patrimoines d'affectation au seul motif qu'elle a observé, comme ici, le jeu d'un privilège entre créanciers[62]. Ce pourra

[61] C. Loyseau, *Traité du déguerpissement et du délaissement par hypothèque,* Lyon, 1701 : « Qui y voudra prendre garde de pres, trouverra qu'il y a aussi bien confusion du patrimoine du defunct avec le sien, comme à l'égard de l'héritier simple. » (il se fonde sur ce que Justinien, qui a introduit le bénéfice d'inventaire, n'a rien entendu d'autre que «l'héritier qui aurait fait inventaire ne serait tenu des dettes du defunct »).

[62] Extrapolation erronée déjà dénoncée, pour les sociétés et les associations, par Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2ème éd., Bruxelles : F. Larcier, 1884, p. 42 (citée par L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3ème éd., par L. Paris : LGDJ, 1932, t.1, p. 35, note 2) : « 2° la société ayant pour patrimoine propre l'actif social, celui-ci sert de gage aux créanciers sociaux, à l'exclusion de créanciers personnels des associés (conséquences d'où découlent un certain nombre d'autres, notamment l'impossibilité de compenser les dettes et créances personnelles des associés avec les dettes et créance de la société) » (…) « qu'est-elle autre chose qu'une simple séparation des patrimoines, analogue à celle qui se produit en d'autres matières sans que jamais on ait songé à y introduire l'idée de personnalité ? Si je contracte une dette, sans poser de conditions particulières à mon engagement, le créancier aura pour gage tous mes biens présents et futurs ; mais pourquoi ne pourrais-je pas, s'il y consent, restreindre ou augmenter son gage ? En apportant certains biens dans la société, je suis censé les affecter spécialement aux obligations que je contracterai comme associé. C'est une convention très naturelle, pourvu que les tiers en soient suffisamment prévenus. La loi en la sanctionnant ne fait qu'appliquer le principe de la liberté des conventions, en y ajoutant une présomption générale de volonté de la part des associés. » (l'idée se retrouve chez R. Saleilles, « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de droit com.*,1897, t.11, pp. 37-38, n°59; et ici peut trouver place le propos de F. Maitland, sur l'inutile artifice de la personnalité juridique (introduction à O. Gierke, *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris : L. Tenin, 1914). Dans le même sens, M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1904, t.1, n°3019, p. 984. Sur la compensation en matière de sociétés v.

être aussi bien un phénomène d'insaisissabilité, une application de la subrogation réelle, etc. Les exemples de telles extrapolations sont légion[63]. En réalité, il serait fructueux, pour la théorie de la personne, de dessiner plus exactement les contours des représentations mentales qui, dans l'esprit de certains juristes, leur font regarder comme une personne juridique une masse de biens sous prétexte qu'elle est soumise à un régime particulier.

**165.** EXTRAPOLATIONS DOCTRINALES ERRONEES. — C'est ainsi que l'on s'est trompé sur la nature du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines et que l'on voulu y voir un effet de la survie du défunt ou de la succession aux biens[64]. Il est tentant de considérer l'actif successoral comme un patrimoine autonome ou d'affectation[65], une personne morale[66], ou encore comme la traduction de la

---

Civ. , 14 mars 1860, D.P. 60. 1. 171.

[63] Citons le navire de commerce, l'immeuble hypothéqué, en droit romain le pécule du fils de famille ou de l'esclave, la dot, la substitution, l'absence, la fortune de mer, le fonds de commerce. Le cas de la faillite est cité par G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl (3ème éd. avec la collaboration de Colin, Paris : L. Larose et L. Tenin, 1905, t.2, n°1221, p. 161) qui ont, en tout cas sur ce point, les idées les plus exactes qui soient.

[64] Cf. l'arrêt de 1860 note 19 sous n°134.

[65] A propos de l'affaire Rolland, et au sujet de l'effet de la séparation des patrimoines, Tissier, S. 1894.1.177 : « chaque héritier est fictivement titulaire de deux patrimoines distincts. » Sur la succession bénéficiaire, dans le même sens, de nombreux auteurs : M. Planiol, *op. cit.*, 1900-1901, t.3, p. 616 (exception à la règle de l'*unité du patrimoine*) ; J. Flour et H. Souleau, coll. « U », 3ème éd., Paris : Armand-Colin, 1991, n°295, p. 202 (« atteinte au grand principe selon lequel le patrimoine est un reflet de la personnalité : principe dont la conséquence majeure est que chaque personne n'a qu'un patrimoine. ») ; F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°820, p. 660 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les personnes morales* (notion), coll. Thémis-droit privé, 21ème éd., Paris : Puf, 2000 ; H., L. et J. Mazeaud, 4ème éd. par A. Breton, Paris : Montchrestien,1982, n°1121 (exception la plus marquante au principe de l'unité du patrimoine). D'où l'on en déduit parfois « en lui une double personne, ou, si l'on préfère, la possibilité de jouer un double rôle », M. Planiol, *op. cit.*, n°2115, p. 619, ou, selon F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°820, p. 660 « une sorte de dédoublement de la personnalité du successeur », J. Flour et H. Souleau, *op. cit.*, n°295, p. 204 (« l'héritier bénéficiaire réunit (…) deux personnes en une. »), et aussi, peut-être, Ph. Malaurie, 2ème éd., Paris : Cujas, 1993 ; *contra*, M. Grimaldi, 6ème éd, Paris : Litec, 2001, n°584 (et aussi 587), partisan de la succession aux biens, pour qui la dualité des patrimoines ne saurait conduire à *un dédoublement de la personnalité de leur unique titulaire*.

[66] Rapprochement de la succession bénéficiaire et d'une personne morale : *pro* J. Carbonnier, *Droit civil*, Les personnes morales (notion), *op. cit.* ; G. Ripert et J. Boulanger, 4ème éd., Paris : LGDJ, 1959, t.4, n°2554, note 1, p. 805 (rapprochement avec la survie de la personnalité morale

survie du défunt[67]. En réalité c'est une tentation plus difficile à repousser lorsque l'on envisage le cas où l'héritier était créancier du défunt ou d'un créancier de ce dernier[68]. Le danger est réel, qui consiste à imaginer que la séparation des patrimoines remet en cause la transmission successorale. Les conséquences d'une telle erreur sont importantes et se manifestent en particulier dans le contexte de l'indivision des biens.

**166.** INFLUENCE DE CES DOCTRINES SUR LA DIVISION DES DETTES. — Les règles de la division des dettes sont déjà sujettes à des doctrines erronées, qui ne sont donc pas propres au contexte d'indivision des biens successoraux. Car le passif successoral en tant que tel soulève d'ores et déjà, indépendamment d'une pluralité de successeurs, la question de l'autonomie de la masse successorale débitrice[69]. L'on croit parfois que la séparation des patrimoines et le bénéfice d'inventaire peuvent faire échec à la division des dettes[70].

---

d'une société dissoute pour les besoins de sa liquidation) ; *contra* G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *op. cit.*, t.2, n°1221, p. 161, qui dénoncent cette thèse chez Thaller (Thaller, *Ann. de dr. comm.*, VIII, 1894, doctr., pp. 244 et s.).

[67] La succession bénéficiaire cas de survie du défunt : *pro* Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1988 ;*contra* H., L. et J. Mazeaud, 4ème éd. par A. Breton, Paris : Montchrestien, 1982, n°1121. Rapprochement, de l'héritier bénéficiaire et du tuteur (*pro* R.-J. Pothier, introduction au titre 17, 3ème éd, Paris : éd. Bugnet, 1861, t.1, n°49 ; *contra* M. Planiol, *op. cit.*, note p. 616), ce qui supposerait que les dettes resteraient attachées à la personne civile du défunt, et ce qui met le doigt sur ce critère distinctif de l'héritier : c'est qu'il est propriétaire des biens successoraux (C. Dumoulin *heres sub beneficium inventari est verus heres, quamvis sub cert modificationibus : Omnia quae extant opera*,Paris, 1681) ; ce rapprochement se fonde sur la communauté de régime entre tuteur et héritier bénéficiaire, dans la gestion, pour l'un, du patrimoine du pupille, pour l'autre, des biens successoraux (par ex. C. civ. art. 450 al. 3).

[68] Cf. *infra* n°567 et s.

[69] Nous ne prendrons pas le risque de fonder la personnification de la masse indivise sur des questions de droit successoral général, car l'influence des idées a très bien pu se faire dans l'autre sens, la personnification de l'indivision conduisant à personnifier également la masse successorale comme telle.

[70] En cas de bénéfice d'inventaire, si l'héritier est créancier du défunt, ou d'un créancier de ce dernier, v. *infra* n°567-575 et 631 ; et si l'héritier est, de même, débiteur, v. *infra* n°729-735.

**167. CONFUSION ENTRE BIEN SUCCESSORAL ET BIEN INDIVIS : AUBRY ET RAU ET L'ARRET FRECON. —** La règle qui veut que le créancier successoral suive son gage, a fait l'objet d'une déformation qui a eu beaucoup d'influence. Dans la formule que forgeront Aubry et Rau et que reprendra la Cour suprême pour, dans son arrêt Frécon (Cass.-req., 24 déc. 1912), permettre au créancier successoral de poursuivre un bien indivis, la formule de la règle concernant les biens successoraux sera modifiée pour être étendue aux biens successoraux *indivis* : "Le gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant, continue, même après son décès*, et ce jusqu'au partage,* de subsister *d'une manière indivisible* sur l'hérédité *tout entière*"[71]. Et l'article 1220 du Code civil qui énonce le principe à notre avis général de division des obligations est interprété parfois comme ne s'appliquant précisément qu'aux seuls biens personnels, à l'exclusion des biens indivis[72]. C'est-à-dire que le principe est inversé, c'est la non division des dettes qui devient le principe et la division l'exception textuelle. "Les rédacteurs du Code civil n'ont pas, semble-t-il entendu rejeter cette solution (droit du créancier successoral de saisir un bien indivis): l'article 1220 C. civ.

[71] D'où, de nos jours, une formule comme celle de Civ. 1re 19 juillet 1976, Bull. Civ 1, n° 264, : « le recouvrement des dettes successorales peut toujours — ce, indépendamment de l'acceptation de la succession —être *intégralement* poursuivi *tant que le partage n'a pas été effectué* sur les biens qui composent la succession » (nous soulignons). En vérité, de l'acceptation peut dépendre, précisément, le basculement d'un droit relatif à la succession (qui forme, dans une manière de jacence, une sorte d'indivision) à un droit relatif à l'indivision (avec division des dettes et nécessité du partage préalable pour honorer le créancier).

[72] Ainsi dans la note au Sirey 1914.1.202, sous Req. 24 déc. 1912 : « Le principe de division des dettes était sans application. Ce principe a pour effet de mettre l'héritier, nanti de sa part dans la succession, à l'abri des poursuites des créanciers de la succession, qui, n'ayant pas demandé la séparation des patrimoines, poursuivraient contre lui le recouvrement de leur créance. Tenu *ultra vires*, s'il a accepté purement et simplement, il ne peut cependant être poursuivi que pour sa part héréditaire. Mais cette règle est sans application, lorsque, sur les biens de la succession non encore partagée, comme dans l'espèce, les créanciers de la succession font valoir leurs droits »

limite le droit de poursuite des créanciers contre le *patrimoine personnel* des cohéritiers, mais il laisse entier le droit de gage général des créanciers sur les biens du défunt." [73] Enfin, dans une déformation due à la loi de 1976, sans aller jusqu'à permettre au créancier successoral de se payer entièrement sur les biens personnels d'un seul des héritiers, l'on a permis à l'héritier de payer à l'aide d'un bien qu'il tient en parfaite exclusivité, et de faire entrer en compte son action contre le *débiteur*[74].

**168.** **ORDRE SUCCESSORAL DES PAIEMENTS. —** Or, quoique notre système successoral fasse l'objet de critiques[75], il est néanmoins d'une grande cohérence

[73] H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur,n°1773, pp. 902-904 et 4ème éd. par A. Breton.
[74] Comp. l'héritier *intra vires* qui paie un créancier successoral avec un bien d'origine personnelle, *supra* n°109.
[75] V. les propositions d'amélioration énumérées par M. Grimaldi, 6ème éd, Paris : Litec, 2001 : le *De lege ferenda*, en « Conclusion sur la liquidation du passif » (livre 1er [*Les successions*], 3ème partie [le règlement, la liquidation… *du passif*], 5ème et 6ème éd., n°659 (avec la note). Les critiques l'ont, aujourd'hui, après la loi du 23 juin 2006, *partiellement* emporté en droit positif : nous avons bien compris que l'idée qui présidait à ces réformes était que *les dettes du défunt ne doivent plus peser sur l'héritier* qui ne doit acquérir qu'un actif net (l'article 724 tel qu'il résulte de la loi du 23 juin 2006 ne comporte plus le membre de phrase « sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession »). En attendant, il s'agirait que l'héritier, et derrière lui ses créanciers, ne s'approprient les biens successoraux qu'à la condition que le passif chirographaire fût complètement éteint (ce serait « différer la confusion des patrimoines »), ou, inversement, qu'il acquitte le passif subsistant, de telle sorte que « les créanciers successoraux (n'aient) jamais à redouter le concours des créanciers personnels sur l'actif successoral » (M. Grimaldi) ; mais nous n'en sommes pas encore là. Un pas de plus consisterait à interdire, en principe, l'acceptation pure et simple, de telle sorte que, sauf faute de l'héritier gérant, les créanciers successoraux n'atteignent jamais les biens personnels de l'héritier. C'est ce qui était discuté, lorsque cette réforme se projetait, devant la commission des études législatives, il y a un siècle. L'idée était défendue par R. Saleilles. L'adoption de la « bilatéralisation du privilège de la séparation des patrimoines » va en ce sens. Il reste que la loi du 23 juin 2006 a le mérite d'annoncer clairement qu'en cas de bénéfice d'inventaire il s'agit de liquider la succession (articles 792 et 792-1 sur la déclaration des créances), ce dont on avait douté parfois (*contra* L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil* publié d'après le Cours élémentaire e droit civil d'Ambroise Colin et Henri Capitant, coll. Précis Dalloz, 9ème éd., Paris : Dalloz, 1950, n°1096, p. 557, qui assimile le bénéfice d'inventaire à la faillite, v. C. civ. art. 2146 al.2, sur cette assimilation, M. Planiol, *Des bénéfices accordés aux héritiers (Droit romain). Du bénéfice d'inventaire (Droit français)*, thèse Paris, 1879., pp. 31, où l'on voit qu'à l'origine il s'agit d'un pacte entre l'héritier et les créanciers héréditaires), mais dans le même temps les nouveaux articles 791 à 803, par une très curieuse confiance envers les liquidateurs, allègent la procédure (les art. 805 al. 1, pour l'organisation de la vente des meubles, et 806, pour celle des immeubles, sont remplacés par l'art. 793 al. 2, et le juge n'intervient plus que subsidiairement, art. 794 al. 2 et 3, enfin l'importante garantie prévue par l'art. 807 a disparu), ce qui signifie toujours une

logique[76]. L'avancée de notre analyse nous permet même de dire que cet ordre, propre au droit successoral, est conforme à la nature des choses. C'est le seul aspect par où le droit des successions mérite d'être comparé aux sociétés et communautés. Il n'implique pas l'indivision des dettes, il la condamne au contraire, y compris sur les biens indivis. Il contient en effet un droit commun du passif successoral valable pour l'actif indivis. Des règles valables pour le cas de propriété divisée se dégage une forme de droit commun du partage entre propriétaires et créanciers *qui ne devrait pas être atteint*, mais qui l'est, en droit positif. Nous allons le voir, car il faut maintenant parler du régime de ceux des biens successoraux qui traversent la phase d'indivision.

baisse de protection.

[76] Il était…

# 2ème partie
# Liquidation et partage de la masse indivise

**169.** **INDIVISION DU GAGE DES CREANCIERS. —** Nous sommes partis, avec les biens propres, en quelque sorte de la circonférence extérieure du cercle que forme l'ensemble des personnes en indivision. Nous allons progresser, avec les biens communs, jusqu'à son cœur, tout en continuant de préciser le versant passif de la situation. Nous avons vu que les biens successoraux, gage originaire du créancier successoral, forment le gage commun de tous les créanciers de l'héritier. Or, ce gage est, à cause de la pluralité de successeurs, en indivision. Remarquons qu'en jurisprudence, la majeure partie de la casuistique afférente à l'indivision se présente sous l'angle de poursuites exercées par un créancier dont le débiteur n'a, pour faire face au paiement, d'autres biens que ceux qu'il a en indivision[1]. Cette casuistique combine paiement des créanciers et partage entre indivisaires.

**170.** **LE PARTAGE ENTRE HERITIERS. —** Comme toute liquidation, le partage de l'indivision successorale pose le problème de la répartition d'un actif, entre des personnes dont il va s'agir de définir les droits et les obligations respectives. Il existe plusieurs catégories de prétendants aux biens successoraux indivis. Les

[1] C'est le cas des grands arrêts Rolland (Civ., 10 juill. 1893), Chollet (Ch. réunies, 5 déc. 1907) et Frécon (Req., 24 déc. 1912). Il s'agit ensuite de distinguer deux séries de cas, en fonction de l'origine successorale ou personnelle du créancier. Dans l'affaire Frécon, les deux cas sont à envisager (v. la note additionnelle en annexe).

héritiers y prétendent en tant qu'ils en sont devenus propriétaires par succession. Puisque être en indivision suppose d'avoir la propriété de biens *en* partage avec d'autres personnes, et qu'en être sorti suppose que l'on a procédé, en prenant le terme dans un autre sens, à un *partage*, l'on peut même dire, sans trop jouer sur les mots, qu'en somme la situation d'indivision se présente comme un partage.

**171.** **PARTAGE ET CREANCIERS SUCCESSORAUX. —** C'est l'objet d'un premier conflit, qui a lieu entre héritiers. Mais des créanciers sont également concernés par le partage de l'indivision. Il convient à leur propos de mentionner l'usage du même terme de partage à propos de la répartition, non plus entre propriétaires, mais précisément entre créanciers, du prix de la vente des biens de leur débiteur commun[2]. Les créanciers du défunt sont les premiers auxquels l'on pense. Ils sont non seulement en conflit entre eux, mais ils génèrent, avec les héritiers propriétaires, un troisième type de conflit, cette fois-ci entre propriétaires et créanciers.

**172.** **PARTAGE ET CREANCIERS PERSONNELS. —** Voilà qui laisse augurer, en plus des différents conflits entre créanciers, qui s'ajoutent au conflit entre propriétaires, un conflit entre propriétaires et créanciers. En outre, les indivisaires ont naturellement de leur côté, indépendamment de la succession et de l'indivision, leurs propres créanciers, que l'indivision concerne en tant qu'elle constitue leur

[2] Comparaison opportune. Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867-1879 , t.6, p. 580 (partage du prix, avec répartition en deux masses, l'une mobilière — où la distribution se fait par contribution—, l'autre immobilière — où c'est l'ordre qui prévaut). La distinction des meubles et des immeubles, qui remonte loin, demeure à cet égard d'actualité (v. R. Saleilles, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, vol. 9, p. 312, citation de Beaumanoir).

gage. Cela signifie que le conflit qui naît entre les héritiers pour le partage des biens indivis, intéresse, derrière eux, tous leurs créanciers. Chaque créancier d'un indivisaire a donc affaire, en plus des autres créanciers de l'héritier qu'il poursuit, aux coïndivisaires de ce dernier, et, derrière eux, à leurs propres créanciers[3].

**173. PARTAGE ET OBLIGATION. —** Nous devons maintenant aborder la question d'une distinction entre créanciers, qui serait due, non plus au seul caractère successoral du bien, mais à son caractère indivis. Car il faut noter, enfin, que des obligations naissent, que ce soit entre indivisaires ou à l'égard des étrangers, à cause de l'indivision et du partage final. La complication essentielle qu'il faut ici introduire tient à ce que l'opération du partage peut être génératrice et extinctive de créances et de dettes. C'est là une source d'interférence entre le partage du bien et le paiement de l'obligation, et c'est le point qu'il s'agit d'éclaircir. La manière dont la situation se dénoue peut conduire à privilégier un créancier sur un autre. C'est dire que le partage, et, par hypothèse, le contexte d'indivision d'un bien, s'avère contenir un ordonnancement spécifique du passif de l'indivision largement compris.

[3] En la matière les cas présentent à peu près toujours la même structure : un membre de l'indivision a un créancier qu'il ne peut en fait pas payer. C'est ainsi que Rolland, créancier du défunt Deschamps père, était devenu créancier des indivisaires, parmi lesquels était Léopold Deschamps. Chollet était le créancier hypothécaire de Paul-Xavier Dumoulin, lui-même successeur indivisaire de Xavier Dumoulin. Dame Gustave Frécon, née Frachon (par ailleurs déjà créancier personnel de Gustave Frécon, lui-même indivisaire tenu au rapport d'une libéralité envers l'indivision successorale) était créancier du défunt, Auguste Frécon, et donc créancier successoral de tous les successeurs.

**174.** **L'ORDRE DU PARTAGE. —** Il s'agit pour nous d'examiner si le contexte d'indivision des biens contient de bonnes raisons pour induire à lui seul un effet de solidarité entre indivisaires. Si c'est le cas, la tâche la plus difficile consiste à délimiter la masse des créanciers qui peuvent ainsi recevoir *à juste titre* un sort plus favorable que les autres. Car en droit positif, certains créanciers, parmi lesquels figure le créancier successoral, bénéficient, sur les biens indivis, de droits privilégiés. Une disposition permet ainsi au créancier du défunt de saisir un bien indivis et de se payer sur le prix avant tout le monde[4]. Et comme souvent partage et paiement sont concomitants, il lui est encore permis d'exercer le prélèvement. La question centrale est de savoir si de telles dispositions sont purement de droit positif, ou si elles sont justifiées en raison. Nous suivrons cette question jusqu'à la fin.

**175.** **PROPRIETE ET OBLIGATION. —** Et ajoutons qu'héritiers propriétaires et créanciers pourraient former deux catégories clairement distinctes si, dans l'analyse de l'acte de partage, comparaison et référence n'étaient pas constamment faites au paiement et à la vente, ce qui tend à ramener toute cette casuistique à celle du paiement, et qui complique encore beaucoup les choses.

[4] Longtemps interprétation jurisprudentielle des articles 1220 et 2205 du C. civ. : Arrêt Frécon (1912), v. *infra* la note additionnelle en annexe ; l'on mentionne aussi l'arrêt Simon (Req., 25 juill. 1939, rejet pourvoi c. Rennes, 5 janv. 1936 ; *D.* 1940.1.62), mais la discussion semblait ne porter que sur la qualité du créancier ; Civ., 4 avr. 1962, *G.P.* 1962.2.29, arrêt important en ce qu'il écarte une manière encore trop classique d'envisager les poursuites du créancier – en outre, cette formule : « la succession demeurant indivise, le passif qui la grève est indivisible », ce qui fonde la relation logique entre l'état indivis du bien poursuivi et la relative indivision de la dette. Puis C. civ., article 815-17 (L. n°76-1286 du 31 déc. 1976), devenu, depuis la réforme de 2006, l'unique article d'une section 3 intitulée « Du droit de poursuite des créanciers » (L. n°2006-728 du 23 juin 2006, art. 2). Le sens et la portée de la division des obligations (C. civ., art. 1220) fait donc l'objet de discussions. Sur la disposition de l'art. 815-17 al 1er C. civ., v. n°737.

Mais, plus fondamentalement, la nuance entre créancier et propriétaire est fragile. S'il arrive que le créancier ne se distingue plus du propriétaire, il arrive aussi réciproquement, à la faveur du flou introduit dans la distinction de la propriété et de l'obligation, que l'on soumette le propriétaire au régime des créanciers. L'obligation est donc bel et bien impliquée, autant que la propriété, dans le droit de l'indivision successorale, et, avec elle, le paiement et la liquidation le sont dans le partage. En somme, notre propos central est de situer la place et la fonction de l'obligation dans l'indivision.

**176.** **PLAN. —** Nous aborderons le sujet difficile du partage en deux livres. Ils correspondent moins à une distinction cartésienne qu'à deux représentations successives d'un même objet, essentiellement le cas des biens présents en nature dans la masse : la première — que nous dirons superficielle — *en plan*, la seconde — plus approfondie, peut-être — *en perspective*, grâce à l'intégration des obligations nées à cause de l'indivision et du partage, élément dont on aura d'abord fait abstraction.

# Livre 1er

# Les biens présents en nature dans la masse indivise

**177.** **NATURE DES DROITS DES HERITIERS SUR LA MASSE. —** On conçoit généralement que les indivisaires ont, selon la manière dont on les considére, deux choses à la fois. Pris seul à seul et séparément les uns des autres, ils n'ont chacun qu'une quote-part idéale et abstraite des biens indivis. Et ce n'est que pris tous à la fois et ensemble qu'ils ont en commun un droit sur le tout et le détail des biens indivis eux-mêmes[1]. Les biens et la quote-part étant de nature distincte, le régime de leur gestion sera normalement différent. Et, par conséquent, de cette distinction dépend aussi le régime des créanciers. Or, c'est sur cette distinction absolument cardinale que s'opposent la vision "romaine", selon laquelle les quotes-parts des indivisaires portent directement sur les biens, et la vision "germaniste", pour laquelle les quotes-parts portent sur la masse[2]. Notre thèse

[1] G. Marty et P. Raynaud, *Les biens*, 2ème éd., Paris : Sirey, 1980, n°242, p. 192 : « Comme dans toute indivision, on peut distinguer dans le droit de chacun des coïndivisaires, c'est-à-dire de chaque cohéritier, un droit sur la chose indivise, sur les biens de la succession, qui est un droit de copropriété. » ; H. Capitant, «L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 32 : « Il convient ici de distinguer entre la quote-part qui appartient à l'héritier dans la masse commune et dans chacun des biens qui la composent, et les biens eux-mêmes envisagés comme objets de co-propriété. » ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t.2 : *Les biens et les obligations*, coll. Thémis-Droit privé, 4ème éd., Paris : Puf, 1964, n°29, p. 92 (la copropriété ordinaire) : « Le régime de la copropriété comporte deux aspects. Sur sa quote-part idéale, le copropriétaire a un droit privatif (…). Sur le bien indivis lui-même, au contraire (… son droit est identique à celui des autres). »

[2] F.Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°974, p. 787 ; H., L. Leveneur et S. Mazeaud Leveneur, 5ème éd, Paris : Montchrestien, 1999, n°1747 ; M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°912 (Nature du partage et conception de l'indivision), p. 895, qui ne fait pas apparaître d'analyse historique et présente exclusivement les choses d'une manière logique.

vise la ligne de partage de ces deux conceptions de l'indivision. Précisons que pour le moment nous traitons du régime des immeubles successoraux, à l'exclusion de celui qui serait spécifique des meubles. Comme nous cherchons à dégager le cadre le plus strictement civiliste de l'indivision, il n'est pas surprenant que nous adhérions à la *summa divisio* du droit des biens. Nous allons placer à part et au premier plan la vision du courant doctrinal "germaniste". Cette analyse, qui répond au nom de propriété collective[3], est trop contraire de l'autre pour y être mélée, et il s'agit d'en comprendre une bonne fois pour toutes l'unité d'esprit. Nous entrerons ensuite dans l'étude et l'explication de l'analyse classique, ou, comme l'on voudra la qualifier, romaine, orthodoxe ou dogmatique[4].

[3] Néanmoins, pour la désigner il est arrivé que l'on parle d'indivision, réservant l'appellation de copropriété au régime qui répondrait à l'autre conception. Cf. H. Capitant, Paris : Dalloz, 1924, p. 22 ; J. Bonnecase, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil par Baudry-Lacantinerie*, Paris : Sirey, 1928, t.4, n°175 et s. (sur la personnalité juridique ; v. aussi t.3, n°52 et s.) ; J. Vincent, «Les propriétés collectives, l'indivision et l'effet déclaratif du partage », *Rev. crit.* 1932, n°36 et s., pp. 314 et s. Comme il faut s'y attendre, l'on a même retrouvé l'opposition en droit romain même, entre *condominium* (copropriété) et *consortium* (indivision).

[4] Le terme est usité par J. Flour, «Plus-values et fruits des biens indivis », *J.C.P.* 1943, I, 336, n°2.

# Titre 1
# Théorie germaniste de la masse indivise

**178.** **LA PERSONNIFICATION DE L'INDIVISION. —** Notre propos vise à démontrer que sur les différentes difficultés que présente la matière, les solutions Germanistes, partiellement entérinées en droit positif, sont celles qui vaudraient spécifiquement lorsque l'on conçevrait que l'indivision est une personne. C'est ce en quoi nos précédents développements nous autorisent à interpréter le fondement de ce courant comme hétérodoxe[1]. Et en effet, réserve faite de la capacité des juristes et de leurs catégories à appréhender un réel historique et social, la manière la plus claire de rendre compte de tout ce système doctrinal, c'est bien de dire que le droit que l'indivisaire a sur sa quote-part, et le droit sur le tout de l'indivision, s'articulent très bien au sein de l'idée qu'une masse est

[1] Sur la notion de personne, cf. *supra* n° 54 et s.

érigée entre les indivisaires et les biens indivis, que ceux-ci forment l'actif de cette masse, et que les quotes-parts sont un élément de son passif[2].

[2] Cf. F.-X. Testu, *L'indivision*, coll. Connaissance du droit-droit privé, Paris : Dalloz, 1996, p. 3 : « L'objet précis du droit de propriété de chaque indivisaire est une abstraction qu'on exprime par une quote-part arithmétique ; *la masse commune se trouve* donc à certains égards *dégagée de l'emprise individuelle des indivisaires* et de leurs créanciers personnels. Jusqu'au partage, *le droit réel des indivisaires porte sur ces quotes-parts*, et l'ensemble non partagé tend à devenir une masse relativement dégagée de la contingence des prétentions individuelles, et en fait une masse autonome qui se comporte comme un ensemble organique animé de sa vie propre (où par exemple se produit la subrogation réelle). Le droit traduit cette vision des choses en personnifiant dans une certaine mesure l'indivision : bien que l'indivision n'ait pas la personnalité juridique elle se trouve personnifiée, en ce sens que les mécanismes juridiques la traitent souvent comme une entité distincte des membres qui y participent (…). L'idée d'autonomie de la masse indivise inspire la série des principes qui gouvernent aujourd'hui la matière. » Nous soulignons.

# Chapitre 1
# L'actif de la masse indivise

Précisons comment l'on conçoit la propriété des biens eux-mêmes avant de dire quel régime de gestion en résulte.

## Section 1
## La propriété collective du tout et des biens eux-mêmes

**179.** LA PROPRIETE COLLECTIVE. — Sur cet aspect de la théorie, les avis divergent[1]. Les uns considérent que les indivisaires ont en commun la propriété des biens indivis. Mais ils réïfient la propriété, c'est-à-dire qu'ils en font une chose, intermédiaire entre les copropriétaires et les biens indivis. Ensuite, certains conçoivent que cet unique droit de propriété est morcellé entre la pluralité des indivisaires. C'est-à-dire que le ou les biens indivis demeurent entiers et conservent leur unité, en outre ils font l'objet d'une appropriation unitaire, mais à l'autre extrémité le droit de propriété est réparti entre chacun des

[1] Sur les fondements de la conception germaniste, cf. 1re partie, n°82-89 ; P. Catala, « Commentaire de la loi sur l'indivision », *Defrénois* (1980), art. 32160, n°42, p. 1602, a écrit que « la nature du droit indivis a hissé la pensée juridique jusqu'aux sommets du byzantinisme ».

communistes[2]. Tandis que selon d'autres le droit de propriété n'est pas morcellé, il est indivis et commun à l'ensemble des indivisaires, et il fait l'objet en quelque sorte d'une méta-appropriation collective[3]. En somme, au lieu du bien, c'est le droit de propriété du bien qui est en indivision.

**180.** **LA PERSONNE MORALE. —** D'autres considèrent que s'il y a appropriation unitaire, c'est qu'il y a un unique propriétaire. Par conséquent, entre la masse des biens indivis et la pluralité des indivisaires, il faut supposer une personne, qui fasse écran, pour s'approprier individuellement les biens. Erigée en propriétaire des biens indivis, l'indivision est donc personnifiée. Nous serions en présence d'une forme de personne juridique, une personne morale, elle-même conçue parfois comme un ensemble, une communauté organiquement composée des communistes comme membres.

[2] Cf. M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1904, t.1, n°2497, p.798 ; P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°242, p. 192 : « et la propriété de chacun n'est qu'une fraction d'une copropriété (…) » ; Mis de Vareilles-Sommières « La copropriété », *Revue critique* 1907, n°1 et 2, p. 530 : « sur une chose le droit de propriété est divisé entre deux ou plusieurs personnes, ou, plus nettement, que sur une chose aucun individu n'a le droit total de propriété, mais deux ou plus ont des droits partiels de propriété », v. aussi le terme du n°2, p. 531. Cela évoque chez nous la théorie du droit *virtuel*, dont ailleurs nous avions observé la présence, au sujet du droit de la femme commune sur les biens communs. Sur le présent terrain il faut parler aussi de la thèse célèbre sur la confusion du droit et de son objet, de F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, n°268, pp. 277-278, il parle du schéma incongru de la partition du droit de propriété (il cite Planiol, et Capitant – cf. M. Dagot, « L'indivision » (commentaire de la loi du 31 décembre 1976), *JCP* 1977.I.2858, n°13, la part étant elle-même objet du droit. Il parle des théories de la cotitularité d'un seul et unique droit de propriété (Van Biervliet, Siesse, Delhay, Demolombe), de l'idée de dédoubler le droit, partiaire sur les quotes-parts, un unique sur la chose (Vincent, Mazeaud), d'un droit *sui generis* (Roguin, Capitant, Ionasco, Delhay, Marty) ou éventuel (Jourdain). A. Ionasco, « la nature juridique du droit de copropriété », *Etudes De Juglart* 1986, pp. 21-30. A noter cette idée de Windscheid, rapportée par ce dernier auteur, selon laquelle c'est la valeur de la chose qui est divisée (Windscheid, *Lerbuch der Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1870-1874, t.1, p. 142). V. F. aussi Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse doct. d'Etat, Lyon 3, 1981, dactyl.**,** n°86-95, pp. 128-139.

[3] Déjà Aubry et Rau avaient pensé à une telle méta-propriété, v. *supra* n°61-62.

**181.** LE PATRIMOINE COMMUN. — De l'idée de personne nous rapprocherons sans peine celle de patrimoine[4]. Il y aurait propriété unique dans un patrimoine commun. Les biens indivis formeraient un patrimoine d'affectation ou autonome[5]. Cette théorie tient les objets qui composent le patrimoine pour n'appartenant plus à la personne, mais au patrimoine lui-même, et considére le patrimoine comme pouvant, à l'image d'un bien meuble ou immeuble, faire l'objet d'une appropriation commune à plusieurs personnes. Chacune de ces personnes a donc deux patrimoines, le sien propre et le patrimoine commun.

Quoi qu'il en soit de ces discussions que les promoteurs de la propriété collective tendent à renier comme des restes de la dogmatique romaine[6], il demeure que de cette notion floue dépend le régime de la gestion des biens indivis.

## Section 2
## La gestion organisée du tout et des biens eux-mêmes

**182.** POUVOIRS DES INDIVISAIRES. — Afin d'éviter tout égoïsme, lorsqu'il s'agit des biens indivis les indivisaires n'ont plus les pouvoirs normaux d'un propriétaire. Nous donnerons d'abord le cadre général des conditions de la

[4] Cette idée se rattache à celle du patrimoine si l'on ne conçoit pas de patrimoine sans une personne à sa tête : en ce sens, P. Raynaud, *op. cit.*, n°249, p. 196.
[5] P. Raynaud, *ibid.*, n°248, p. 196, le droit de chacun sur sa quote-part.
[6] Si l'on souhaite immédiatement confronter, au sujet de la propriété, les idées classiques à celles qui viennent d'être exposées, v. n°238-245.

gestion, avant de dire comment est analysé en particulier l'acte de vente, dont l'importance est cruciale pour le paiement des créanciers[7].

### A) Conditions de la gestion

**183.** L'INTERET DE L'INDIVISION. — Ce sont les doctrines organiques (XIXe-XXe s.)[8] qui ont effectivement exercé une influence sur l'interprétation et sur l'élaboration du droit français de l'indivision[9]. Elles l'ont infléchi, sans toutefois l'entraîner complètement. Les maîtres mots de cette doctrine sont l'*intérêt*, la *protection*, la *volonté* et l'*organe*. Les actes, et en général la gestion des biens contenus dans la masse indivise, ne concernent pas les intérêts particuliers de chacun des indivisaires, mais s'apprécient au regard d'un intérêt distinct, celui de l'indivision et de la communauté des héritiers, intérêt commun, ou collectif[10]. Cet intérêt doit être juridiquement protégé, en particulier des intérêts personnels et égoïstes de chacun des indivisaires et de leurs créanciers.

[7] Cf. M. Mongin, «Etude sur la situation juridique des sociétés denuées de personnalité », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 39, 1890, p. 708.
[8] Cf. *supra* notes sous n°5. O. von Gierke, « Juristische Person », in *Holtzendorffs Rechtslexikon*, 2ème éd., Leipzig, 1875, n°943, pp. 844 et s. : « Dans la mesure où, face aux volontés individuelles personnifiées dans les individus, la volonté de l'espèce, qui transcende les individualités, se personnifie dans d'innombrables et divers organismes associatifs, il s'ensuit à côté des individus des entités douées de volonté d'un ordre supérieur. Dès lors qu'une telle unité de volonté est reconnue par le droit comme sujet autonome, on se trouve en présence d'une personne juridique. Il y a là aussi peu une fiction qu'il y en a une dans la reconnaissance de l'individu comme sujet de droit. ».
[9] P. Raynaud, *op. cit.*, n°241, p.191 ; F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, n°249, p.260 ; P. Catala, *op. cit.*, art. 31874, n°22, p.21 ; F. Delhay, « Société et indivision », *Juris-classeur Sociétés* (1) 23 (2, 1980), n°7.
[10] Dans les motifs de la réforme de 2005 (adoptée en 2006) l'on explique l'attentisme dans l'administration de la succession pendant l'indivision par la crainte d'une acceptation pure et simple tacite — comme si la première, en effet, pouvait être désolidarisée de la seconde (Projet de loi portant réforme des succession et des libéralités, Exposé des motifs, introduction).

**184.** **LA VOLONTE COLLECTIVE. —** Pour ce faire, les actes relatifs aux biens communs sont soumis, dans l'idéal, à *une volonté* protectrice de l'intérêt de l'indivision. Avec l'intérêt et la volonté, nous avons là les éléments de la personne juridique telle qu'elle est conçue dans certaines théories, qui insistent bien plus sur la *volonté*, que sur la présence d'un être humain doté d'un corps physique[11].

**185.** **ORGANES D'EXPRESSION DE LA VOLONTE PROTECTRICE DE L'INTERET COMMUN. —** Cette volonté doit être dégagée et exprimée par un organe *ad hoc*[12]. La réalisation de cet idéal passe par une organisation véritablement constitutionnelle qui repose sur la séparation d'un organe collégial délibératif et d'un organe exécutif. Les actes les moins graves, comme les actes conservatoires[13], qui sont loin de risquer de mettre en péril l'intérêt de l'indivision, peuvent être effectués

[11] Par exemple selon L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 3ème éd. par L. Trotabas, Paris : LGDJ, 1932, t.1, n°36, pp. 80-81 (avec citation de Meurer). Selon ces théories, la personnalité comptable est la conséquence normale de ce qu'il y a déjà une personne. Pour ma part je prends les choses sous un autre angle : en partant de la comptabilité, j'en induis que l'on suppose la présence d'une personne juridique. Cf. *supra* n°55.

[12] Dans les années trente, lors d'un débat devant une commission de la société d'études législative, H. Mazeaud tint le propos selon lequel l'indivision, *organisée*, serait *une personne* (le propos nous semble suffisamment important pour être mentionné, quoique, citant de mémoire, nous n'ayons pu retrouver sa référence précise (il s'agit du *Bulletin de la société d'études législatives* [trimestriel, Paris, Rousseau] – dont nous n'avons pu consulter de nouveau les numéros postérieurs au premier semestre de l'année 1939 [vol. 35] ; outre l'auteur cité (conseiller à la Cour de cassation), étaient présents, entre autres, J. Boulanger et J. Carbonnier, qui devait, si notre mémoire est bonne, parler au sujet de la réforme des régimes matrimoniaux [Question n°114]). Cf. J. Carbonnier, *Droit civil*, t.1 *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, coll. Thémis-droit privé, 7ème édition, Paris : Puf, 1967, n°78, pp. 263-264, mentionne l'indivision parmi les situations « d'apparence analogue » à la personnalité morale, où figure le bénéfice d'inventaire. F. Delhay, *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, préface J. Patarin, Paris : LGDJ, 1968, p. 395**,** qui, au sujet des organes de l'indivision aurait pu mentionner le défunt… Somme toute, selon moi il n'y a qu'un « organe » de gestion possible des biens successoraux divis ou indivis comme tels ; c'est le *de cujus*. D'où l'intérêt que représente l'institution du mandataire posthume ; mais en traiter correctement nécessiterait d'entrer ici dans des considérations relatives à la dévolution successorale (ce que nous avons exclu).

[13] Il est délicat de faire référence, pour expliquer la doctrine germaniste, à la trilogie *disposition, administration et conservation*, de facture trop classique, peut-être. Cf. Verdot, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, thèse Aix, 1963, Paris : LGDJ, 1963.

librement par l'organe exécutif, incarné par n'importe quel indivisaire ou même par un étranger[14]. En revanche, les actes les plus graves seraient décidés par l'organe délibératif, qui laisserait ensuite un membre-tête ordonner à l'organe exécutif (le membre-bras) d'appliquer cette volonté[15].

Rassemblés, les indivisaires formeraient l'entité délibérante à même de dégager par *consensus* la volonté réelle du corps tout entier. A cet égard il est certain que la règle de l'unanimité a été réinterprétée par cette doctrine, alors

[14] L. 76. Art. 815-2 al 1 c. civ (loi 1976) : "Tout indivisaire peut prendre les mesures nécessaires à la conservation des biens indivis." Al. 2 : " Il peut employer à cet effet les fonds de l'indivision détenus par lui et il est réputé en avoir la libre disposition à l'égard des tiers." L'alinéa 4 vise l'usufruit, que nous laissons en marge de notre étude. La loi du 23 juin 2006 est allée plus loin en instituant la fiducie successorale, le mandataire, posthume (art. 812 à 812-7), conventionnel (art. 813) ou judiciaire (art. 813-1 à 814-1).

[15] Conception du BGB (ref. au constitutionalisme allemand) : article 747, l'indivisaire dispose seul de sa part, mais l'on organise la disposition de la chose elle-même. Ici il convient d'évoquer le domaine des métaphores juridiques anthropomorphes, qui n'est pas moins riche et varié que l'anthropomorphisme religieux (les deux se rejoignent, en vérité, dans l'ecclésiologie) ; il est également trop diffus pour justifier une référence précise (nous nous contenterons de renvoyer à E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi.Essai sur la théologie politique du Moyen Age*, coll. Bibliothèque des histoires, Paris : Gallimard, 1989, qui fournira un point de départ). Disons simplement qu'avec la distinction de la tête et du corps l'on distingue la fonction dirigeante, en sous-distinguant, pour la tête, les yeux, les oreilles, la bouche, et, pour le corps, le tronc (avec la poitrine, le cœur, le foie, etc.) et les membres supérieurs (bras, main, doigts) et inférieurs, droits ou gauches. A ce propos prend place aussi la discussion du sexe des personnes morales : J.-C. Bluntschli, *Théorie générale de l'état*, trad. A. de Riedmatten, Paris : Guillaumin, 1877, p. 17 (liv. 1, ch. 1, 7), distingue l'Eglise, de sexe féminin, et l'Etat, de sexe masculin, « parce qu'elle ne se gouverne pas consciemment et virilement elle-même ni ne s'empare librement des choses de la vie externe » – B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963, p. 335, fait référence à Bluntschli (*op. cit.*, 2ème éd., 1881), mais sans relever cette dernière raison, ni bien sûr qu'il s'agit là d'une analogie avec les régimes matrimoniaux (principalement dotal) habituelle aux publicistes (depuis la Rome antique) et aux canonistes d'avant l'autonomie de leurs disciplines par rapport au *ius civile* (référence à B. Oppetit est faite par M. Cozian et A. Viandier, *Droit des sociétés*, 2ème éd., Paris : Litec, 1988, note p. 77, grâce auxquels nous sommes remontés à Bluntschli) ; comp. P. Legendre, *Jouir du pouvoir*, Paris : Editions de Minuit, 1976, pp. 126-127 ; dans une autre veine, Jean Genet, *Miracle de la rose*, parle du sexe de la Colonie. L'organe délibérant est parfois appelé *personne morale*, dans la droite ligne d'une tradition qui provient des canonistes (P. Michaud-Quentin, Universitas. *Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Paris, 1970, p.43 : « Innocent IV dit […] que 'chapitre' est un *nomen intellectuale*. ») Dans une certaine veine sociologique, l'on conçoit une analogie parfaite entre la délibération sociale (en délibérant, les membres du corps social dégagent une volonté soucieuse d'un intérêt distinct de l'intérêt de chacun des intervenants) et la délibération individuelle parce qu'au préalable l'on s'est fait une représentation sociale de la délibération individuelle (v. J. Novicow, *Conscience et volonté sociales*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1897, pp.112-113, cité par L. Michoud, *op. cit.*, t.1, n°33, note 1, p. 72, qui, p. 72 texte et note 2 et p. 73 texte et note 1, cite aussi R. Worms, *Organisme et société*, thèse, 1896).

même que pour elle cette règle, encore présente sous la loi de 1976[16], représente une survivance de la conception dogmatique des choses[17]. L'on préconise actuellement une prise de décision à la majorité des deux-tiers[18]; faute de mieux sans doute, et à défaut d'une meilleure organisation. Car c'est le *consensus* qui répond le mieux à cet idéal[19].

**186.** **REGLES DU DROIT MATRIMONIAL TRANSPOSEES DANS L'INDIVISION. —** En attendant, l'on a cru bon de répercuter machinalement dans le droit de l'indivision non seulement les règles du droit matrimonial (dans sa version de 1965)[20] qui prévoient entre époux le mandat, qui résulte d'un contrat, exprès[21] ou tacite, ou d'un quasi-contrat (gestion d'affaire)[22], mais encore celles qui

[16] Art. 815-3 al 1 C. civ. (loi 1976) : "Les actes d'administration et de disposition relatifs aux biens indivis requièrent le consentement de tous les indivisaires (…)". A noter une application étrange de la règle de l'unanimité. Quatre indivisaires et un candidat à l'achat d'un immeuble indivis sont tous d'accord pour vendre à condition que ce soit du consentement de tous, mais les trois premiers s'accordent avec l'acquéreur sur un prix que l'accord obtenu par le quatrième et l'un des trois premiers révise à la hausse. Les tribunaux estiment que la vente n'est pas formée vu qu'il n'y a pas consentement de tous sur le prix. Civ. 3ème, 20 févr. 1979, *Bull. civ.* III, n°39 et obs. Patarin *Rtd civ* 1981 663.
[17] P. Raynaud, *op. cit.*, n°242, p. 192. Nous verrons qu'en réalité, l'analyse "dogmatique" bien comprise n'est pas si étroitement dépendante du principe unanimiste (v. *infra* n°328, 402 et 403). Du reste, il est faux, même en l'état du droit positif depuis le Code civil jusqu'à aujourd'hui, de dire - conséquence de la doctrine qui distingue droit sur quote-part et droit sur biens - que le copropriétaire ne peut faire d'acte de disposition sur les biens indivis (*dixit* J. Carbonnier, *Droit civil, tome second Les biens et les obligations, op. cit.*, 4ème éd., Paris : PUF, 1964, n°29, p.92).
[18] Art. 815-3 depuis la loi du 23 juin 2006 (v. *supra* note 92 sous n°15).
[19] Cf. la théorie du patrimoine de Aubry et Rau, qui comprend une théorie de la gestion de ce patrimoine (v. n°78).
[20] Dans dix-neuf articles (de l'art. 815 à l'art. 815-18) le législateur a, en 1976, calqué le droit de l'indivision sur celui du mariage tel qu'il résultait de la réforme de 1965 (articles 216 à 226). Cf. aussi les sociétés.
[21] Loi de 1976, C. civ. art. 815-3 al 1. : "…Ceux-ci peuvent donner à l'un ou à plusieurs d'entre eux un mandat général d'administration. Un mandat spécial est nécessaire pour tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis, ainsi que pour la conclusion et le renouvellement des baux." Cf. régime matrimonial primaire impératif, C. civ. art. 218, loi 13 juill. 1965 puis loi 23 déc. 1985.
[22] Loi 1976, art. 815-3 al 2. Gestion d'affaire, mandat tacite. Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite couvrant les actes d'administration mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux.

instaurent la représentation judicaire[23]. D'ailleurs, dans l'idéal organiciste, la volonté protectrice de l'intérêt en cause, à défaut d'être dégagée par les organes habituels, peut l'être par le juge. Et cela s'est traduit par la transposition, dans le droit de l'indivision, du procédé d'autorisation judiciaire, qui provient du droit des incapacités et des régimes matrimoniaux[24]. C'est surtout en cela que la loi de 1976 a, comme on l'a dit, atténué l'effet déclaratif du partage et organisé la gestion des biens indivis en général[25]. Et cette pénétration de ce que certains auteurs appellent le régime matrimonial primaire impératif s'est poursuivie avec la possibilité donnée au juge de prendre, ici comme là, toutes mesures urgentes[26].

[23] Art. 815-4 al1 (loi 1976), (cf. art. 219 al 1 ; ci-après en souligné les termes spécifiques de l'art. 815-4 al 1 et entre parenthèses ceux de l'art. 219 al 1): "Si l'un des *indivisaires* (époux) se trouve hors d'état de manifester sa volonté (,) *un* (l') autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale (,) ou pour certains actes particuliers (dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial), les conditions et l'étendue de cette représentation étant fixées par le juge." Cf. art. 219 al 1 1965, puis 1985. V. art. 815-4 al 2, cf. 219 al 2.
[24] Art. 815-5 al 1. C. civ. (cf. art. 217 al 1 ; ci-après en souligné les termes spécifiques de cet article et entre parenthèses ceux de l'art. 217 al 1) : "Un *indivisaire* (époux) peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le (concours ou le) consentement *d'un coïndivisaire* (de son conjoint) serait nécessaire, *si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun* (si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille)". Avec ajout, en 1987, d'une suite qui vise à clôturer un cas (L. n° 87-498 du 6 juill. 1987) : "Le juge ne peut, à la demande d'un nu-propriétaire, ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier." L'art 815-5 al 2 concerne l'usufruit. Et art. 815-5 al 3 (cf. 217 al. 2) : "L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'indivisaire dont le consentement a fait défaut."
P. Catala, « Commentaire de la loi sur l'indivision », *Defrénois* n°22, 1979, art. 31874, p. 21, pour expliquer la copie de l'article 217 du Code civil (autorisation judiciaire) et la loi majoritaire : « Le dynamisme de l'administration requiert partout un gérant si le groupement est appelé à durer ; mais la difficulté est de trouver la juste mesure de ses pouvoirs, qui doivent rassurer les tiers sans opprimer les partenaires. La démocratie, dont l'égalité des sexes n'est qu'un cas particulier, veut que le droit pour chacun de participer aux décisions importantes soit partout confirmé et reconnu ; mais ce droit plie devant la loi majoritaire ou devant le contrôle du juge lorsque son exercice égoïste met en péril l'intérêt commun. Delhay, *op. cit.*, p. 395. »
[25] G. Marty et P. Raynaud, *Les biens*, 2ème éd., Paris : Sirey, 1980, n°60 et s.
[26] Art. 815-6 al 1, cf. 220-1 : "Le président du tribunal de grande instance peut prescrire ou autoriser toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt commun." Art. 815-6 al 2. : "Il peut, notamment, autoriser un indivisaire à percevoir des débiteurs de l'indivision ou des dépositaires de fonds indivis une provision…" Art. 815-6 al 3. Art. 815-7, cf. 220-1 al 2.

Enfin, en 1978, le législateur a régit l’indivision conventionnelle à l’image d’une société, en prévoyant en particulier le régime d’un gérant[27].

### B) La vente des biens indivis

**187.** LA VENTE COMME MODELE. — Chaque fois que nous aborderons la gestion nous traiterons de l’acte de vente. La vente est l’archétype de l’acte d’aliénation ; c’est un modèle qui permet de dégager un régime valable ensuite pour l’échange et pour l’apport en société ; et certains courants doctrinaux classiques analysent le partage comme un complexe de ventes.

**188.** L’ARRET CHOLLET. THEORIE GERMANISTE DE LA VENTE. — Sur le sujet de la vente du bien indivis comme sur d’autres, la loi du 31 déc. 1976 a entériné une

[27] Art. 1873-5 à 11 C. Civ. Nomination et révocation du gérant, art. 1873-5. Pouvoirs, art. 1873-6 al 1 et 2 et art. 1873-7. Unanimité, art. 1873-8. Pluralité de gérants, art. 1873-9. Rémunération, art. 1873-10 al 1. Responsabilité, art. 1873-11 al 2. Reddition de comptes, art. 1873-11 al 1. Art. 1873-11 al 2. La loi du 23 juin 2006 a institué une sorte de fiducie successorale, avec, entre autres le « mandataire posthume » : v. art. 812 à 814-1 nouveaux du C. civ. En cette occurrence comme en d’autres, l’on pourra s’interroger sur l’atteinte que cela suppose aux prérogatives naturelles des propriétaires, question déjà posée par Civ., 19 janv. 1960, Bull. cass. 1960.1.28.

analyse jurisprudentielle qui était déjà présente dans l'arrêt Chollet (1907)[28], de

[28] Affaire Chollet c/ cons. Dumoulin. D.P. 1906.1.42 ; D.P. 1906.2.27 ; D.P. 1908.1.113, note A. Colin ; S et P 1905.2.89 ; S. 1908.1.5, note Ch. Lyon-Caen ; GA 247 (117 de la 11ème éd.) ; Ch. réun. 5 déc. 1907 est toujours référencé dans l'édition 2007 Dalloz du Code civil (n°2 sous article 883). *Cas*. A cause d'un prêt (en 1889, de 27 000 fr), Chollet est créancier de Paul-Xavier Dumoulin, en faillite. Au décès de Xavier Dumoulin, Paul-Xavier, qui lui succède, est en indivision avec Amicie et Louis. Chollet, créancier personnel, donc, de Paul-Xavier, prend une hypothèque sur les immeubles successoraux (cas de créancier personnel hypothécaire). Paul-Xavier est tenu au rapport (42 000 fr ; pour la conséquence habituelle du rapport, v. n°422). L'on procède au partage et à la liquidation de la succession (105 000 fr). Amicie et Louis, les cohéritiers de Paul-Xavier, étant incapables (démence), il faut procéder à la licitation de deux immeubles. Ceux-ci sont adjugés à un étranger et, dans l'ordre ouvert pour la distribution du prix (53 000 fr), Chollet demande à être colloqué. Le juge commissaire rejette cette demande. - Pour le rapport des faits, v. les arrêts Besançon, 15 nov 1901, Civ. 21 juin 1904 (2ème attendu), Lyon, 29 mars 1905 (1er attendu) ou Ch. réun., 5 dec. 1907 (4ème attendu). – *Procédure*. Chollet forme alors un contredit devant le tribunal civil de St Claude, qui le déboute, le 28 avril 1901 (v. S. et P.1905.2.90 ou D.P. 1906.1.42-44). Chollet fait appel, mais l'arrêt de la Cour de Besançon, en date du 15 nov. 1901, est confirmatif (v. S. et P. 1905.2.89 ou D.P.1906.1.44). Chollet se pourvoi en cassation. Contrairement aux conclusions de l'avocat général Sarrut, Civ., 21 juin 1904 casse l'arrêt de la cour de Besançon et renvoi devant la cour de Lyon (v. D.P. 1906.1.42-45). Mais la cour de Lyon résiste et rend, le 29 mars 1905, un arrêt confirmatif (v. D.P. 1906.2.27-28) contre lequel Chollet se pourvoi en cassation (pour violation et fausse application des art. 883 [effet déclaratif du partage], 829, 830 [rapport], 1220 [division des obligations], 1221 c. civ. et 7 de la loi du 20 avr. 1810 [ ?].). La cour de cassation, toutes chambres réunies, rend le 5 déc. 1907 un arrêt de rejet (v. D.P. 1908.1.113 ou S. 1908.1.5). *Question.* Dans le conflit entre le créancier personnel hypothécaire et les créanciers du rapport, l'affaire Chollet mêle, de manière complexe, trois problèmes : 1° le régime de la vente du bien indivis, 2° la théorie du rapport en valeur, 3° le sort des créances successorales. Pour chacun de ces problèmes il existe trois thèses, qui correspondent aux trois doctrines que nous avons distinguées. Problèmes distincts, quoique l'on puisse les réduire, que ce soit selon la thèse du partage expropriation ou selon la théorie germaniste, à la question de savoir si une créance peut être imputée à l'actif de la masse. Laissons de côté les questions de la théorie du rapport (v. n°589 et note additionnelle en annexe) et du sort de la créance successorale (v. note 1 sous n°685). Quant à la vente, préalable au partage, des biens *en l'état indivis*, c'est une question qui n'était pas discutée au départ. Sur ce point, pour ou contre Chollet, toutes les parties se situaient, dans un premier temps, dans le cadre de la thèse classique du partage cession de quote-part (v. n°305, 335, 346 [avec les notes 81 et 82] et 685). Ce n'est que la Cour de renvoi, Lyon, 29 mars 1905, qui, plutôt que d'aborder le point de savoir qui, du créancier du rapport ou du créancier personnel hypothécaire, doit être préféré, mit en cause le problème du sort de la créance de prix d'adjudication des immeubles indivis, et, contre Chollet, délaissa le terrain classique pour adopter, de manière encore hésitante, la thèse germaniste, que la cour de cassation précisera. *Position de la théorie germaniste relativement à la créance de prix.* Pour l'essentiel, il s'agit que l'immeuble - bien en nature - sorte de la masse indivise dès la licitation et définitivement ; mais que dans l'actif à partager, au lieu de l'immeuble, il y ait la créance de prix (v. note sous n°337). Cela suffit à condamner rétrospectivement la position de Chollet et de Civ., 21 juin 1904, qui supposait que, l'immeuble sorti de l'indivision, la créance se divise entre les héritiers (v. n°305), tandis que cela conforte celle du juge commis, du tribunal de St Claude et de la Cour de Besançon, qui ne voulaient pas des conséquences de cette division. En effet, de la sorte, si la créance de prix remplace l'immeuble, elle en suit le régime : elle est donc indivise, elle peut faire l'objet du prélèvement et l'effet déclaratif du partage lui est applicable. La formule de la cour de Lyon est la suivante : « le prix d'adjudication *doit* (en vertu d'une nécessité qui tient à l'équité) *être considéré comme* faisant partie de la masse successorale à partager, aux lieux et place des immeubles indivis qu'il représente » : nous soulignons, car l'idée est qu'il ne doit pas en aller *naturellement* du prix. Tandis que les Ch. réun., 5 déc. 1907, dans le 1er attendu de l'arrêt, inversent le problème en trois phrases : 1° si l'adjudication sur licitation d'un immeuble dépendant d'une hérédité doit, au regard de l'adjudicataire, quand il est un tiers étranger à l'indivision, être considérée comme une vente elle constitue, dans les relations des cohéritiers entre eux, une opération préliminaire du partage ; 2° la vente ainsi faite l'est en réalité pour le

peu antérieur à l'arrêt Frécon (1912)[29]. La vente, disait la Cour, est faite "pour le compte de la masse successorale"[30]. De manière générale, la vente est analysée comme donnant naissance, en place du bien, à une créance de prix contre son acquéreur. Cette créance va donc au propriétaire du bien. Lorsque la vente a lieu avant le partage (si tant est que soient remplies les conditions précises auxquelles est soumise la validité d'une telle opération), le bien n'appartiendrait à aucun indivisaire en particulier. Il ne serait pas non plus question qu'ils en disposent chacun pour une part. Si l'on admet l'hypothèse selon laquelle la propriété du bien indivis revient, d'une manière ou d'une autre, à l'indivision, c'est donc elle le vendeur de l'immeuble. C'est bien ce que suppose la solution qui la voit créancière du prix.

**189.** **L'INDIVISION CREANCIERE DU PRIX DE VENTE. —** Et c'est cette idée qui a été développée. Dans l'arrêt Chollet il est dit que " la créance de prix entre dans l'actif à partager"[31]. L'indivision est l'unique créancière du prix de vente de son

---

compte de la masse successorale ; 3° la créance de prix entre dans l'actif à partager pour y être soumise, comme l'aurait été l'immeuble qu'elle remplace (etc.). » Cette position avait déjà été défendue dans une affaire *de Martelles* (cas d'indivision post-communautaire) par la Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 20 mars 1889 (S. 1889.2.179, P. 1889.1.980), arrêt cassé par la Cass., 17 fév. 1892 (S. et P. 1894.1.417, note A. Wahl ; arrêt cité par Lyon-Caen sous Ch. réun., 5 déc. 1907). *Solutio* de la thèse classique du partage expropriation, v. n°685.

[29] Sur la formule de Aubry et Rau, qui se trouve dans cet arrêt, v. n°216 avec la note 60.

[30] Le grand arrêt Chollet a, après moult tergiversations, fixé en jurisprudence la solution d'un cas difficile. Cette jurisprudence concerne des aspects de la matière que nous n'avons pas encore abordé. Par conséquent c'est à l'endroit adéquat que nous y reviendrons plus en détail.

[31] A l'époque de l'arrêt Chollet, l'hypothèse problématique était celle de la licitation constituant "une opération préliminaire du partage" dans le cas où un étranger à l'indivision était adjudicataire. C'est pourquoi dans cet arrêt il n'est encore question que de l'entrée du prix dans l'actif à partager. Les chambres réunies rejettent le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour de renvoi, Lyon, 29 mars 1905, qui résistait à une précédente cassation, et elles en reprennent l'argument qui était formulé ainsi : « le prix d'adjudication doit donc être considéré comme faisant partie de la masse successorale à partager, aux lieux et place des immeubles indivis qu'il représente ».

immeuble envers l'acquéreur (débiteur de la masse). En somme, une créance peut entrer dans la composition de l'actif de la masse successorale, de manière dérivée, ensuite et à cause de l'aliénation d'un bien transmis successoralement[32].

**190.** SUBROGATION DU PRIX AU BIEN. — L'on prétend aussi que la règle de la subrogation réelle fonctionnerait au sein de cet ensemble de biens qu'est l'indivision. La créance de prix de vente serait subrogée à l'immeuble vendu et emprunterait son régime dans la masse héréditaire[33]. Mais ici il faut d'abord distinguer deux formes de subrogations. La subrogation qui peut s'accomplir à l'intérieur d'un seul et même bien formé de plusieurs éléments doit être distinguée de celle qui est appelée à jouer dans le remplacement des éléments qui figurent au sein d'un ensemble de biens. C'est cette seconde forme de subrogation dont on invoque le jeu au sein de l'hérédité. Or cela ne va pas de soi. La subrogation, abstraction faite des problèmes qu'elle peut alors susciter, suppose normalement un patrimoine au sein duquel elle puisse jouer. Elle joue généralement pour parer au risque de confusion entre deux patrimoines, comme par exemple lorsque deux patrimoines ont un seul et même gérant. Elle sert aussi à circonscrire des ensembles de biens au sein d'un même patrimoine. C'est de cette manière que l'emploi, dans les régimes matrimoniaux, sert par exemple à protéger la masse des biens propres d'un époux. Le prix de la vente du bien

[32] De même qu'une créance peut être à l'actif originairement, dès l'ouverture de la succession, parce que le défunt était déjà lui-même créancier. V. notre 3ème partie.
[33] *Dixit* H. Capitant : *pretium succedit loco rei*. V., en matière de vente autorisée par justice (art. 815-5 C. civ), Civ. 1re, 30 juin 1992, Bull. civ. 1, n°208, pp.139-140.

propre demeure propre au lieu d'être commun. Dans le droit de l'indivision l'invocation de la subrogation réelle signifie que l'on veut éviter que le prix n'entre dans les masses propres des indivisaires.

**191.** **EMPLOI ET REMPLOI. —** Est-il nécessaire d'ajouter que lorsque la somme due serait payée avant le partage, l'argent versé par le débiteur remplacerait la créance de prix dans la masse[34]. De telle sorte qu'il serait question d'encaisser des créances communes, et, à moins d'un séquestre ou d'un gérant authentique, les *accipientes* seraient débiteurs à leur tour de la masse et comptables envers elle. Ajoutons pour finir que la créance de prix peut, un peu comme l'immeuble qu'elle remplace, faire l'objet de cession.

**192.** **PRESUPPOSES THEORIQUES DE CES SOLUTIONS. —** Ces solutions supposent que la masse indivise est un patrimoine autonome, autrement dit qu'elle est une personne. En outre les créances posent à elles seules des difficultés spécifiques, car normalement celles-ci, ne pouvant faire l'objet de propriété, ne sont pas susceptibles d'indivision. Le résultat atteint suppose donc bien d'une manière ou d'une autre, une masse créancière ou, ce qui revient au même, l'invocation de l'intégration des créances dans la catégorie des biens[35].

[34] Analyse désormais (loi 2006) consacrée en législation : C. civ., art.815-10 al 1er : « Sont de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis ».
[35] V. *supra* n°69.

Nous avons vu que l'indivision a, selon ses doctrines, un actif composé des biens dont elle est propriétaire et des créances qui lui sont dues[36]. Ce qui en découle pour le régime des créanciers, créanciers successoraux ou personnels, chirographaires ou hypothécaires, c'est une question qui doit être examinée sour l'angle du passif, qui, dans cette doctrine, répond très logiquement à l'actif indivis.

[36] Si l'on souhaite immédiatement confronter, au sujet de la propriété, les idées classiques à celles qui viennent d'être exposées, v. n°253-260.

# Chapitre 2
# Le passif de la masse indivise

**193.** LES INDIVISAIRES ET LES CREANCIERS DE L'INDIVISION. — D'après la doctrine de la propriété collective, les indivisaires sont en conflit avec les "créanciers de l'indivision", et ce conflit ne peut logiquement se résoudre qu'au profit des seconds, et au détriment des créanciers personnels des indivisaires. Le comprendre suppose d'envisager tour à tour le cas des indivisaires, titulaires de quote-part, et celui des créanciers de l'indivision.

## Section 1
## Les quotes-parts et les indivisaires

L'on peut envisager la quote-part durant la phase d'indivision, et lors de sa réalisation, au moment du partage.

## § 1
## *Les quotes-parts durant l'indivision*

Nous procéderons de même que précédemment, pour le droit portant directement sur les biens indivis, en distinguant la nature de la quote-part et le régime de sa gestion.

### A) Nature de la quote-part

**194.** LA QUOTE-PART RELIE INDIVISION ET INDIVISAIRE. — Personne ne nie que chaque indivisaire ait, dans l'indivision, des intérêts propres que l'on peut évaluer et représenter par la part de la masse commune qu'il prendra lors du partage[1]. La pomme de discorde tient à la notion de quotité[2]. Il est caractéristique de la conception germaniste d'analyser le droit de l'indivisaire sur la masse non pas comme un droit portant, même pour partie, sur le tout, mais comme un droit

[1] P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°242, p. 192 : « tant que le partage n'a pas déterminé la part de chacun, celle-ci n'a pas un caractère concret, elle se réduit à une quote-part idéale » : sur des termes aussi généraux, nous pouvons nous entendre.

[2] P. Raynaud, *op.cit.*, n°251, p. 197 : « En dehors de ses droits sur les biens compris dans la succession, chaque héritier a un droit sur une quote-part idéale qu'il est difficile de définir exactement mais dont l'existence n'est pas douteuse. C'est ainsi qu'un héritier a droit à la moitié, au tiers, au quart… de la succession. (…) Tant que le partage n'a pas déterminé les biens entrant dans cette fraction, le droit de chaque coïndivisaire est celui de se faire attribuer dans le partage un droit privatif sur un ou des éléments de la masse héréditaire représentant la valeur de sa quote-part. Ce droit privatif n'est que futur mais la vocation à l'acquérir est actuelle, dès l'ouverture de la succession l'héritier a un droit qu'il peut défendre en justice et qu'il peut céder sous certaines conditions. » H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *Revue critique*, 1924, p. 22 : « L'indivision nous apparaît donc comme un droit d'un genre tout particulier qu'il est très difficile de préciser autrement qu'en faisant appel à l'idée assez inconsistante du reste de quotes-parts idéales réparties entre les indivisaires, quotes-parts dont on ne peut au surplus déterminer exactement l'étendue tant que les rapports et la liquidation n'ont pas été opérés. »

relatif à une quote-part du tout comme à une chose spécifique[3]. Réifiée, la quote-part est quelque chose de distinct des biens indivis eux-mêmes, sur laquelle l'indivisaire a un droit. Les quotes-parts ne sont évidemment pas communes à l'ensemble des indivisaires, elles ne sont pas indivises, mais ce sont au contraire autant de choses propres et exclusives à chacun pris isolément, individuellement et séparément des autres. Chaque indivisaire est le propriétaire exclusif de sa quote-part de l'indivision. Les quotes-parts sont des éléments de l'actif des patrimoines propres des indivisaires. Et même si l'on réunissait une à une toutes les quote-parts dispersées dans les patrimoines de leurs titulaires, celles-ci ne formeraient pas la masse des biens indivis eux-mêmes, mais seulement la totalité d'un droit qui porterait sur celle-ci sans se confondre avec le droit de propriété. La quote-part de chaque indivisaire plane, en quelque sorte, sur l'ensemble de la masse. Du point de vue classique, lorsqu'il n'y aurait plus qu'un indivisaire, il serait invraisemblable de s'interdire encore de parler d'apropriation pure et simple des biens de l'indivision par l'intéressé. Et pourtant, les idées qui dessinent actuellement le droit positif de l'indivision n'interdiraient pas plus une indivision unipersonnelle qu'elles n'ont interdit la société personne morale avec associé unique.

[3] P. Raynaud, *op. cit.*, n°251, p. 197 : « Comme dans toute indivision, on peut distinguer dans le droit de chacun des coïndivisaires, c'est-à-dire de chaque cohéritier (…) un droit individuel sur sa quote-part indivise qui se définit comme une fraction de la masse telle qu'elle est fixée par la dévolution successorale. » Mis Vareilles-Sommières, « La copropriété », *Revue critique*, 1907, p. 530 : « sur une chose le droit de propriété est divisé entre deux ou plusieurs personnes, ou, plus nettement, que sur une chose aucun individu n'a le droit total de propriété, mais deux ou plus ont des droits partiels de propriété. »

**195.** RAPPROCHEMENT DES NOTIONS DE QUOTE-PART ET D'OBLIGATION. — Il y a donc l'indivisaire, sa quote-part, la masse commune et le propriétaire des biens indivis. Du point de vue de ce dernier, les quotes-parts figurent au passif. Il y aurait ainsi corrélation entre les droits des indivisaires sur leurs quotes-parts, et un passif, dont l'indivision répondrait sur l'actif dont elle est, comme nous venons de le voir, propriétaire. La relation des indivisaires (titulaires de leur quote-part) et de l'actif indivis présente ainsi une parenté de structure frappante avec celle qu'entretiennent des créanciers avec l'actif de leur débiteur. Les biens indivis sont *dus* aux indivisaires par le propriétaire que l'on a érigé précédemment. L'entité indivision est donc débitrice, en quelque sorte, de tout ce qu'elle a, envers l'ensemble des indivisaires, chacun pour sa part. Ces dettes constituent donc le passif de l'indivision. Ce passif ne peut à l'évidence pas se diviser entre les indivisaires, comme cela a lieu normalement pour les dettes du défunt, qui se divisent entre les indivisaires, puisqu'ici les dettes correspondent à des créances des indivisaires qui ont pour objet la masse des biens indivis, à l'exclusion des patrimoines personnels des divers indivisaires[4]. Si l'on admet que les dettes sont indivises, selon nous c'est bien que l'on suppose que l'indivision est débitrice.

La théorie de la propriété collective, à cause de la distinction du droit indivis et des quote-parts, donne ainsi des indivisaires l'image d'une masse de

[4] Cf. P. Raynaud, *op. cit.*, n°247 bis et s., pp. 195 et s. ; F.-X. Testu, *L'indivision*, coll. Connaissances du droit-droit privé, Paris : Dalloz, 1996, pp. 2-3.

créanciers. Les quotes-parts y sont, de même que les créances, objet de propriété. Car, si l'on peut comparer le cas de l'indivisaire à celui du créancier, c'est parce que la logique qui, par delà la dénaturation de l'indivision, préside à la dénaturation de la propriété, touche également à l'obligation. C'est bien parce que le droit de créance a été dénaturé que le droit du copropriétaire et celui du créancier se rejoignent si aisément. L'obligation est aujourd'hui difficilement conçue comme un lien *personnel* entre débiteur et créancier. La décomposition de la notion de personne et l'autonomie prise par le patrimoine en tant que pôle d'imputation de la propriété, des créances et des dettes, a eu raison de ce modèle. La créance est devenue un droit réel, déterminé dans son quantum mais indéterminé quant à son assiette précise, et qui plane sur l'actif du débiteur jusqu'au jour du paiement. Ce droit de créance étant lui-même un bien, sous prétexte que c'est une valeur marchande, il figure dans la partie active de la masse patrimoniale du créancier.

**196.** **CONSEQUENCES DE LA THEORIE GERMANISTE DE LA QUOTE-PART. —** Ainsi entendue, la notion de quote-part constitue l'une des pièces maîtresses de l'édifice qui personnifie l'indivision. Car être débiteur, être le sujet passif d'une telle relation, tel est bien le triste apanage de la personnalité juridique. L'indivision est bien une personne, puisqu'elle peut être débitrice. De telle sorte que la conception de la propriété collective conduit non seulement à une dissolution des notions de propriété et d'obligation, mais, partant, de personne.

Et très logiquement l'on retrouve ici la construction qui y voit un patrimoine autonome[5].

**197.** REVISION DE LA COMPARAISON : QUOTITE ET QUANTITE. — Il reste que le rapprochement avec l'obligation présente des limites. Contrairement à la créance, qui donne droit à une *quantité* sur une masse active, la quote-part donne droit à une quotité d'une masse active. C'est pourquoi le rapprochement, pour être plus précis, doit être celui de l'indivisaire et de l'actionnaire d'une société personne morale, ou du créancier du failli. La société doit son capital aux actionnaires (le capital figure au passif) et le failli à la masse des créanciers. Il n'est pas anodin que la société et les liquidations collectives aient ainsi en commun d'être comparé à l'indivision et nous aurons l'occasion d'approfondir ce point. La quote part rapporte des intérêts, elle donne à l'indivisaire des droits[6] qui ressemblent fort au droit à un dividende que l'on retrouve tant dans les sociétés que dans les procédures collectives[7]. En outre, la quote-part implique des charges. Du seul fait qu'elle ne porte pas sur une quantité mais sur une quotité de l'actif, l'on peut dire que chaque indivisaire "supporte les pertes proportionnellement à ses droits dans l'indivision" (art. 815-10 al 3 C. civ.). Et lorsqu'il demande sa part annuelle dans les bénéfices, c'est "déduction faite des

[5] P. Raynaud, *op. cit.*, n°248 bis : « Certains auteurs ont soutenu que la masse indivise constitue un véritable patrimoine, un patrimoine d'affectation appartenant à la catégorie des patrimoines à liquider (G. Siesse, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse Paris, 1922). Cette analyse expliquerait assez aisément (…) le droit de chacun sur sa quote-part. »
[6] Art. 815-10 al 3 et 815-11 C. civ.
[7] Le rapprochement du dividende dans les sociétés et dans la faillite est fait par E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7ème éd. par J. Percerou, Paris, 1925, p. 1027.

dépenses entraînées par les actes auxquels il a consenti ou qui lui sont opposables" (art. 815-11 al 1 C. civ.)[8].

## B) Gestion des parts

**198.** POUVOIRS DE L'INDIVISAIRE. — La quote-part est une chose qui entre dans le commerce. Elle peut faire l'objet de don, de legs, de cession, de saisie, d'échange, d'hypothèque, etc. Ces actes n'ont pas de portée au-delà de la quote-part, ils n'ont en particulier aucune incidence directe sur les biens indivis eux-mêmes. La ligne de partage décisive passe bien entre les actes relatifs aux biens du groupe et ceux portant sur la quote-part de chaque membre du groupe. Ces derniers relèvent de la sphère d'autonomie de l'indivisaire[9]. A leur égard le pouvoir de l'indivisaire s'apprécie de son seul point de vue. Ce n'est pas le contexte de l'indivision qui peut le limiter. Normalement il administre et dispose à sa guise, souverainement, pleinement et sans contrôle, de sa quote-part. Sous réserve, toutefois, que, le titulaire d'une part étant membre d'une communauté et d'un corps, l'acquisition d'une telle part étant conçue comme l'entrée *intuitu*

[8] Le partage des frais communs de conservation évoque plutôt la société à responsabilité illimitée révélée. Mais ce ne sont que frais de conservation pour lesquels la gestion d'affaire peut expliquer la responsabilité de l'indivisaire qui n'y a pas consenti directement.
Si l'on souhaite immédiatement confronter, au sujet de la quote-part, les idées classiques à celles qui viennent d'être exposées, v. n°238-244.

[9] P. Raynaud, *op. cit.*, n°242, p. 192 : « ce dernier est un droit individuel et indépendant, du moins en principe, dont son titulaire peut faire usage et dont il peut disposer seul. » ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t.2 *Les biens et les obligations*, coll. Thémis-droit privé, 4ème éd., Paris : Puf, 1964, n°29, p.92 (La copropriété ordinaire) : « Le régime de la copropriété comporte deux aspects. Sur sa quote-part idéale, le copropriétaire a un droit privatif : il peut, en principe, en disposer, la céder à autrui. Sur le bien indivis lui-même, au contraire, il ne peut faire d'acte de disposition ou même d'administration, sans l'accord de tous les autres copropriétaires, car leurs droits sont identiques au sien, et il est tenu de les respecter. »

*personae* dans ce corps, celle-ci pourrait, dans l'idéal, être soumise à l'agrément de ses membres. Ce n'est pas le cas dans le droit actuel de l'indivision, qui fait donc figure de société anonyme et ouverte[10]. En revanche, la cession de quote-part ouvre aux coïndivisaires du cédant un droit de préemption que la loi de 1976 a réglementé sur le modèle du droit de préemption dans les sociétés civiles[11]. Les art. 815-14 à 16 du C. civ. réglementent à peine de nullité l'information des coïndivisaires et les conditions dans lesquelles ils peuvent exercer leur droit (avec cette précision que s'ils sont plusieurs ils acquièrent, sauf convention contraire, à proportion de leurs droits dans l'indivision)[12].

## § 2
## *Le partage*

La quote-part donne un droit à une quotité de la masse commune le jour du partage. Mais elle donne en outre le droit d'obtenir cette part, c'est-à-dire de demander le partage.

[10] Comp. les agréments en matière de sociétés.
[11] Cf. pour cessions de parts sociales de sociétés civiles, art. 1873-12 à 14 C. civ.
[12] L'art. 815-14 prévoit la vente et 815-15 l'adjudication, l'art 815-16 prévoit la sanction de la nullité pour l'irrespect des formalités décrites.
Si l'on souhaite immédiatement confronter, au sujet de la gestion de la quote-part, les idées classiques à celles qui viennent d'être exposées, v. n°253-262.

## A) Le droit au partage[13]

**199.** **ETAT DU DROIT POSITIF. —** Le droit souverain de demander le partage, bête noire de tous les adversaires de l'indivision "dogmatique"[14], a bien résisté. Son principe n'a pas été remis en cause[15]. La rédaction du commencement de l'article 815 n'a pas varié d'un iota depuis 1804: "Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; et le partage peut être toujours provoqué…". Le vocable *toujours* exprime deux choses : d'abord que le droit de demander le partage est imprescriptible, comme le droit de propriété auquel il est lié, ensuite que rien ne doit pouvoir y faire obstacle, quand bien même la demande présenterait de graves inconvénients. La fin de la phrase ("nonobstant prohibitions et conventions contraires.") a simplement été mise au goût du jour en 1976 ("à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention") et ce sont à vrai dire les cas de maintien dans l'indivision qui ont été aménagés, plus qu'encouragés[16].

[13] C. civ., art. 815 et 815-1 ; Mouy, *contribution à l'étude de la notion d'indivision à propos des lois récentes sur la prolongation de l'indivision successorale*, thèse Lille, 1920 ; Goubeaux, *Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français*, thèse Nancy, 1910.
[14] M. Planiol, Paris : LGDJ, 1914, t.1, note 1 sous n°3005, p. 942 (« la propriété collective, tant que dure son affectation à la collectivité, ne comporte pas le partage »).
[15] Sur ce point la loi du 23 juin 2006 va plutôt dans le sens de l'indivision romaine que dans celui de la propriété collective. L'exposé des motifs de la réforme de 2005 dit même qu'il faut raccourcir le délai qui sépare le décès d'une personne de celui du partage de sa succession ; il s'agit « d'accélérer le partage des successions », sauf le maintien judiciaire pour les entreprises.
[16] La loi du 31 déc. 1976 a ajouté un titre neuvième *bis* au livre 3 du C. civ. intitulé *Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis*. Les articles 1873-2 et –4 ouvrent il est vrai la possibilité d'un maintient conventionnel dans l'indivision.

Mais dès 1804 l'alinéa 2 prévoyait ce maintien: "On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité; cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans; mais elle peut être renouvelée".

Les anomalies véritables se trouvent plutôt dans la possibilité des maintiens forcés relativement à certains biens[17].

---

Lorsque les indivisaires passent une convention relative à l'exercice des droits indivis, que celle-ci soit à durée déterminée ou indéterminée, ils ne se condamnent pas, en réalité, à demeurer en indivision. Contrairement à ce que pourrait laisser croire la seule lecture de l'article 1873-2 al. 1er (« Les coïndivisiaires, s'ils y consentent tous, peuvent convenir de demeurer dans l'indivision »). Non, et plus modestement, au lieu qu'en droit commun le tribunal peut surseoir au partage pour une durée de deux ans au plus, « si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis » (art. 815 al 2), ils s'interdisent, dans le cas de convention conclue pour une durée déterminée (qui d'ailleurs ne peut excéder cinq ans, art. 1873-3 al. 1er, C. civ.), de provoquer le partage avant terme si ce n'est pour « de justes motifs » (art. 1873-3, al. 1er, C. civ.), ou bien, en cas de convention conclue pour une durée indéterminée, ils se promettent de ne plus le provoquer lorsque ce serait « de mauvaise foi ou à contretemps » (art. 1873-3, al. 2, C. civ.). La convention de demeurer dans l'indivision ne sert donc, hormis son objet principal, que nous verrons en son lieu, qu'à éviter les partages inopinés ou inspirés par la fraude (mais à cet égard il n'y a même pas besoin de convention puisque le tribunal – de la loi de 1976 jusqu'à celle du 10 juin 1978 c'était le président du tribunal, depuis c'est le tribunal - a le pouvoir, à la demande d'un indivisaire, de surseoir au partage pour deux années au plus « si sa réalisation immédiate risque de porter atteinte à la valeur des biens indivis », ce qui, il est vrai, est plus précis et plus étroit que les justes motifs, la mauvaise foi ou le contretemps). Comp. la dissolution des sociétés.

[17] La réforme du 23 juin 2006 a ordonné différemment cette matière (réel barbarisme, au regard de la règle classique d'unité de la masse partageable) et a changé la numérotation. Le sursis au partage, jadis à l'art. 815 al. 2, figure désormais à l'article 820 ; l'attribution éliminatoire de l'art. 815 al. 3 est à l'art. 824 (v. Cornille, *JCP* éd. N 1988.I.37) ; le maintient forcé partiel de l'art. 815-1 passe dans les nouveaux articles 821 (ex-815-1 al. 1 : institution du maintient judiciaire à défaut de convention, pour les fermes, par la loi de 1938), 821-1 (ex-815-1 al. 2 : extension par une réforme de 1961 au locaux d'habitation ou à usage professionnel), 822 (ex-815-1 al. 3 et 4) et 823 (ex-815-1 al. 5). Ces dispositions ont fait l'objet de réformes en 1938, 1941, 1943, 1955 et 1961. De ces dispositions, rapprocher le désintéressement du créancier personnel qui réclame le partage (C. civ. 815-17 al.3, loi du 31 déc. 1976) et la possibilité des partages partiels (art. 838 loi de 2006).
Comp. la théorie classique du droit au partage, *infra* n°247.

## B) Le partage selon l'analyse germaniste

Envisageons le partage en général, puis le cas d'application de la créance de prix.

### 1) *Nature et effet du partage en général*

**200.** **THEORIE DE L'EFFET DECLARATIF DU PARTAGE.** — Le partage n'est naturellement pas un acte translatif, mais déclaratif. Dans cette doctrine il n'y a pas besoin, comme dans certains partis classiques, pour que l'effet du partage soit déclaratif, d'une fiction législative. Il l'est véritablement[18]. Tout l'effet du partage est de rendre déterminé à de certaines choses le droit qui était auparavant indéterminé. Esmein[19] note que dans la conception de nombreux auteurs du XXe siècle (il cite Desserteaux, Chavallie, Veroone, Merle, Vincent) le partage réalise le *cantonnement* des droits que le copartageant possédait déjà *sur la masse*. L'héritier ne pourrait acquérir de son copartageant autre chose qu'une quote-part abstraite ; or, précisément, ce n'est pas cela qu'il acquiert, mais le bien lui-même. Les biens ne figurent pas à l'actif de ses coïndivisaires, mais à celui de l'entité indivision. Par conséquent, peut-être convient-il ici de distinguer les rapports entre héritiers des rapports de chaque héritier avec l'entité indivision.

[18] J. Vincent, « Les propriétés collectives, l'indivision et l'effet déclaratif du partage », *Rev. crit.* (1932), n° 3, p. 285 s. et n°70 *bis*-74, pp. 340-343 ; H. Capitant « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, pp. 33-34, texte (al. 41) et note 2 (citation de Kohler) ; L. Josserand, « Essai sur la propriété collective », *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire du Code civil*, publié par la Société d'études législatives, t.1, p. 376 (al. 59) ; et la doctrine allemande.
[19] Aubry et Rau, 6ème éd. par P. Esmein, Paris, t.10, note 1 sous § 625, pp. 199-201.

Entre héritiers le partage n'est certainement pas un titre d'acquisition. En revanche, de l'indivision à l'héritier, le partage serait plutôt translatif.

**201. L'indivisaire est l'ayant droit de l'indivision. —** Car sans que le partage ne soit exactement translatif, il reste qu'à suivre la logique de cette doctrine en réalité le copartageant n'est propriétaire des biens à lui attribués qu'à dater du partage[20], et que l'indivision est son auteur. Car il doit respecter les actes valablement formés pendant l'indivision sur les biens indivis échus dans son lot. En revanche il n'est pas tenu des actes commis par ses coïndivisaires sur leur quote-part et encore moins des actes que ceux-ci auraient commis, sans pouvoir, en visant les biens eux-mêmes[21].

**202. Interpretations doctrinales germanistes de la theorie du partage. —** Cela s'explique parce que lors du partage, les quote-parts, qui forment un obstacle entre le propriétaire et la chose indivise, tombent. D'une certaine façon, les quotes-parts, qui planaient sur l'actif indivis, se cristallisent sur lui. Chaque part trouve son assise sur une portion correspondante de la chose commune. Le titulaire de la moitié des parts a droit à la moitié de la masse partageable[22]. Pour

[20] Attention à l'équivoque (cf. M. Planiol, *op. cit.*) ; C. Demolombe, 4[ème] éd., Paris, 1870, t.3 (Cours de Code Napoléon, XV), p. 489.

[21] Il est curieux, à cet égard, que la loi, en désignant la vente ou l'adjudication des quotes-parts, puisse viser les droits de l'indivisaire non seulement dans les biens indivis, mais encore "dans un ou plusieurs de ces biens" (815-14 al 1 et 815-15 al 1 C. civ.). Un indivisaire peut difficilement céder autre chose que sa quote-part du tout des biens indivis, pour tout ou pour partie. Sinon c'est qu'il dispose, pour partie, de biens eux-mêmes qui seraient susceptibles de lui échapper le jour du partage. Iront-ils forcément pour partie à cet indivisaire ? C'est anticiper sur le partage. S'il sont attribués à un autre que lui, l'attributaire devra-t-il respecter pour partie la cession ? Il nous semble qu'il y a là une trace de la distinction classique, mais néanmoins discutable, sur laquelle nous reviendrons, des actes *ut universi* et des actes *ut singuli*. Cette disposition n'est pas conforme à la vision germaniste.

[22] Cf. la formule C. civ. art. 826 al. 2 (L. n°2006-728 du 23 juin 2006) : « Chaque copartageant reçoit des biens pour une valeur égale à celle de ses droits dans l'indivision ».

une partie de la doctrine actuelle, le partage s'explique ainsi : le droit[23] ou la part[24] indivis, que les indivisaires ont pendant l'indivision, sont remplacés par[25], cessent d'être pour devenir[26] ou se transforment en[27] une part[28] ou un droit divis[29], privatifs[30] ou exclusif[31]. Cette conception était en réalité déjà en germe dans la doctrine classique qu'il suffisait de prendre à la lettre. Ainsi, lorsque Pothier écrit : « Un partage, suivant nos principes, n'est autre chose qu'un acte qui détermine la part indéterminée qu'avait avant le partage chaque cohéritier dans la masse qui a été partagée, aux seules choses qui tombent dans son lot[32]. » Ou lorsqu'il dit : « le partage restreint le droit universel et illimité qu'il avait pour sa part dans tous les immeubles de la succession, à ceux qui lui échéent dans son lot[33]. » Ces formules sont dangereuses, en ce qu'elle peuvent ouvrir la porte aux idées de transformation ou de remplacement du droit.

[23] H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, n°1744, p. 878 : « L'effet du partage est de faire cesser l'indivision en répartissant les biens entre les copartageants, de substituer un droit divis sur des biens déterminés au droit indivis de chaque indivisaire sur l'ensemble de la succession. » ; F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°973, p. 786 ; Ph. Malaurie, 4ème éd., Paris : Cujas, 1998, n°977, p. 518 : « Le partage met fin à l'indivision et remplace les droits indivis des indivisaires par des droits privatifs. » ; M. Grimaldi,Paris : Litec, 5ème éd., 1998, p. 858, 6ème éd., 2001, n°911, p. 894, « le droit de chaque héritier cesse d'être un droit indivis sur l'ensemble de l'actif pour devenir un droit privatif sur les biens mis dans son lot ». L'auteur ajoute une curieuse vision du partage : « *Le tout* qui faisait l'objet d'une appropriation plurale *éclate en parties* privativement appropriées. » (Nous soulignons.) et déjà Aubry et Rau, *op. cit.*, 4ème éd., t.6, n°625, note 1, p. 556.
[24] M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1904, t.1, n°2498, p. 798.
[25] Ph. Malaurie, *op. cit.* ; C. Beudant, 2ème éd., Paris : Rousseau, 1936.
[26] M. Grimaldi, *op. cit.*
[27] Aubry et Rau, *op. cit.* ; C. Beudant, *op. cit.*
[28] M. Planiol, *op. cit.*
[29] H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*
[30] F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, M. Grimaldi, *op. cit.*, Ph. Malaurie, *op. cit*.
[31] Aubry et Rau, *op. cit*.
[32] R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.3, 7ème partie, art. 6, n°630, p. 249.
[33] *Id.*

**203.** COMPARAISON DE PARTAGE DECLARATIF ET DU PAIEMENT. — La conception de cette opération n'est pas évidente et rappelle naturellement le paiement de l'obligation[34]. Le paiement revient lui aussi à une cristallisation de la créance sur une part d'actif. Et à condition que ce qui entre dans la composition du lot de l'héritier ne soit pas de l'argent, une créance contre un adjudicataire, ou une simple créance, le partage évoque très précisément la dation en paiement[35]. Cette comparaison n'est pas fausse, dans la mesure où le législateur et le juge s'en sont inspiré pour partie. Nous montrerons comment le régime d'un copartageant peut s'apparenter à celui d'un créancier, et vice versa. Et nous n'aurons de cesse de déplorer le fait que l'on ait confondu les catégories[36].

### 2) *Partage de la créance de prix*

**204.** LA CREANCE DE PRIX FIGURE A L'ACTIF DE L'INDIVISION. — Sur la question délicate de la vente du bien indivis, la doctrine germaniste est parvenue à un degré de clarté vraiment stupéfiant. Il faut, pour commencer, envisager le cas de la créance de prix de vente de l'immeuble qui se retrouve impayée au moment du

[34] A cet égard les propos de R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris : Dalloz, 1969, sont frappants et méritent d'être reproduits ici : « un partage apparaît, dans nos lois, comme le destin normal de toute indivision (art. 815 C. civ.). Et cela implique, dès la naissance de celle-ci l'apparition, chez chaque co-propriétaire, d'une *créance virtuelle d'attribution* » (n°103, p. 174) ; « Ce compte déterminera en valeur une créance d'attribution. et cette créance sera acquittée, par les opérations du partage, soit en argent, soit en nature » (n° 167, p. 269, avec référence à l'arrêt Chollet, pp.269-270). Cf. *supra* n°195.
[35] Lorsque le créancier accepte d'être payé avec un bien corporel c'est une dation en paiement (sur laquelle v. *infra* n°436). Sur le paiement en général v. *supra* n°72, 73 et 84, et 67 pour la conception germaniste.
[36] A cette théorie germaniste du partage l'on peut comparer immédiatement la théorie classique exposée *infra* n°270-293.

partage. Peu importe que cette vente, à l'amiable et à l'unanimité, ou par licitation, soit une étape préalable du partage, ou que ce soit une autre vente, ayant lieu pendant l'indivision, mais dont le prix n'a pas été encore perçu lorsque le partage a lieu. Le jour du partage la créance de prix figure dans la partie active de la masse. Le sort définitif de la créance dépend du partage[37].

**205.** **Attribution de la creance de prix. —** Cette analyse intègre toutes les solutions possibles[38]. C'est ainsi que la créance peut entrer en entier dans la composition du lot d'un seul indivisaire. Elle peut aussi se répartir entre tous les indivisaires, au prorata des parts[39]. Mais elle peut encore se répartir autrement. N'être pas attribuée à tous ou dans des proportions qui ne correspondent pas à leur part sur le tout de la masse. Tout dépend des espèces. Elle pourra d'autant plus facilement se prêter à une répartition mesurée que sa nature ne s'y oppose pas, contrairement à celle du bien immeuble qu'elle remplace. Il peut être inopportun de diviser un immeuble, ou bien cela peut s'avérer irréaliste, la créance représentative du bien, en revanche, peut l'être. Le débiteur devra le prix, représentatif de l'immeuble, à l'indivisaire, ou aux indivisaires (et dans la proportion) auxquels elle aura été attribuée.

[37] Cf. *supra* n°190 à 192, texte et notes ; J. Maury et H. Vialleton, 1re éd., Paris : LGDJ, 1928, n°658-659, pp.757-758 ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n°919, pp. 902-903.
[38] Les solutions auxquelles aboutit le partage selon cette doctrine peuvent donc rejoindre le résultat que préconisent, pour d'autres raisons, d'autres doctrines.
[39] Ce que certains défenseurs de la conception classique on cru être la bonne solution parce qu'ils liaient créance de prix de vente et créance successorale (il est exact que traditionnellement les créances successorales se divisent au prorata des parts).

**206.** **CRITERE D'ATTRIBUTION DE LA CREANCE DE PRIX. —** La condition de l'attribution de tout ou partie de la créance à un indivisaire, c'est que la masse partageable présente des effets suffisants pour remplir de leurs droits ses copartageants. Car sans cela, il y aurait déséquilibre, ce qui se répare par une soulte, et c'est une obligation entre copartageants qui suppose des garanties. En ce cas il vaut mieux répartir la créance. Lorsqu'un indivisaire épuise déjà sa part dans un rapport (lorsqu'il est débiteur d'un rapport envers l'indivision)[40], on permet à ses copartageants d'exercer leur prélèvement sur la créance de prix. Mais lorsque les indivisaires seraient à égalité, le plus équitable est certainement de diviser la créance au prorata de leurs parts.

**207.** **L'INDIVISAIRE ADJUDICATAIRE, ATTRIBUTAIRE DE LA CREANCE DE PRIX, QUI S'ETEINT PAR CONFUSION. —** Peu importe que l'acquéreur, débiteur du prix, soit étranger ou indivisaire. Mais en cas d'adjudication du bien, lorsqu'un héritier emporte les enchères, la solution la plus judicieuse consiste à en faire l'attributaire de la créance de prix (qui s'éteint par confusion)[41]. La solution vaut aussi dans les autres cas, mais elle suppose que l'héritier soit effectivement dans le bon cas de figure.

**208.** **AUTRES HYPOTHESES. LA CREANCE DE PRIX A ETE PAYEE AVANT LE PARTAGE. —** Les choses obéissent à la même logique lorsque l'aliénation n'est pas une opération

[40] Telle est l'hypothèse qui, historiquement, posait problème. Cf. M. Grimaldi, *op. cit.*, n°918, note 556, p. 902.
[41] Nous reviendrons sur ce cas de figure. Il est intéressant lorsque l'on conçoit que l'adjudicataire est tenu du rapport de l'immeuble en valeur.

préalable du partage, et dans l'hypothèse où le débiteur paye avant le partage. Il est encore difficile de dire que l'argent peut aller directement aux mains de l'entité indivision. Personne morale atténuée ou patrimoine autonome, cela ne lui est pas possible. Actuellement il y aurait plutôt organisation d'une jouissance divise des créances, de manière à ce que le débiteur sache qui payer. Mais il n'y aurait là qu'un partage du pouvoir de percevoir le paiement. Le droit lui-même n'est pas en cause. C'est-à-dire que les indivisaires ne peuvent tenir la part du prix qu'ils ont perçue, proportionnellement à leur droit, pour un droit acquis. L'indivision est créancière, ils sont *accipientes*. Ils sont débiteurs envers la masse partageable du prix par eux perçu. Ce sont des sommes qu'ils détiennent provisoirement et qu'ils sont susceptibles de devoir payer, le jour du partage, à celui qui sera attributaire définitif de la créance. On comprend que la division momentanée du prix fasse courir au créancier définitif le risque que l'héritier *accipiens* soit insolvable le jour du partage.

**209.** **Entree en compte de la dette de l'indivisaire adjudicataire. —** Ajoutons, pour revenir sur le cas de l'indivisaire débiteur du prix, que lorsque c'est un indivisaire qui se porte adjudicataire, il semble que l'on tienne le prix qu'il doit à la masse pour susceptible d'entrer en compte, de telle sorte que la créance n'est pas exigible, par ses coïndivisaires, avant le partage. Cela représente pour lui une garantie, vu qu'il a toutes les chances d'en être l'attributaire. L'on rapprocherait utilement une telle disposition du sort encore obscur des créances contractées par

la masse contre un indivisaire, non plus pour acquisition d'un bien, mais pour avoir perçu des revenus, des fruits et des produits de nature commune[42], pour avoir usé ou joui privativement des biens communs[43], ou pour les avoir dégradés ou détériorés[44].

Toute cette vision provient de ce que l'on prend l'indivisaire pour un créancier[45]. Il nous reste précisément à dire ce qu'il en est des créanciers.

## Section 2
## Les dettes et les créanciers de l'indivision

### A) Notions

**210.** L'INDIVISION A UN PASSIF QUI COMPORTE AUSSI DES DETTES. — La conception germaniste des quotes-parts des biens indivis donne à la situation la structure d'un actif dont est corrélatif un passif. La proximité de ce schéma avec celui de l'obligation en fait un terrain propice pour l'idée que des dettes ordinaires, au premier rang desquelles on pensera aux dettes contractées par le défunt, entrent au passif de l'indivision et y demeurent jusqu'à son partage (qui la dissout). La doctrine germaniste connaît même là, en réalité, son prolongement logique.

**211.** LES DETTES DU *DE CUJUS* FIGURENT AU PASSIF DE L'INDIVISION. — Le créancier du défunt ne serait pas seulement le créancier personnel de chaque indivisaire, il serait également celui de l'indivision. Celle-ci prolongerait la personnalité du

[42] Art. 815-8 (revenus), -10 (fruits et revenus) et -12 (produits) C. civ.
[43] Art. 815-9 al. 2
[44] Art. 815-13 al 2 C. civ.
[45] Comp. la vision classique *infra* n°262.

défunt, et hériterait en quelque sorte de ses dettes. Ainsi, l'indivision, en plus des parts qu'elle doit, est aussi débitrice envers les créanciers successoraux, et cette fois-ci pour le tout de leur créance. Car relativement à l'actif indivis la division des dettes successorales n'aurait pas lieu d'être. Et en effet, dans le cadre de ce système il semblerait injuste que les dettes du défunt figurassent *exclusivement* aux passifs personnels des indivisaires, alors que les droits de ceux-ci sur la même masse ne se diviseraient pas. Une partie de la doctrine explique d'ailleurs que la non-division des dettes relativement à l'actif successoral indivis est la contrepartie de leur division sur les patrimoines personnels des héritiers[46]. L'article 1220 est donc interprété comme ne s'appliquant pas aux biens indivis, mais uniquement aux biens des successeurs, personnels, ou successoraux, mais alors pris hors indivision[47].

**212.** **DROIT DU CREANCIER SUCCESSORAL DE SAISIR UN BIEN INDIVIS. —** Selon cette conception, l'indivision est la débitrice principale du créancier[48]. Ce dernier peut

[46] En ce qui concerne cette disposition. P. Raynaud, *op. cit.*, n°246, p.194 ; H. Capitant, « L'indivision héréditaire », r*evue critique* , 1924, p. 26: "Au surplus ce droit de poursuite des créanciers contre la masse n'est-il pas la juste contrepartie de l'interdiction qui leur est faite par l'article 2205 de saisir, en tant que créanciers personnels de chaque héritier, la quote-part de celui-ci dans les biens héréditaires?" Rappr. *Supra* n°192 et 193, l'idée d'équilibre promue par J. Flour ; F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°787-788, pp.639-640 (citation, sur la question de l'équilibre, de G. Siesse, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé,* thèse Paris, 1922).
[47] H., L. et J. Mazeaud, (Leçons de droit civil, t.4/vol. 2), , 5eme éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, n°1773, pp.902-904.
[48] En outre des créances *dans* la masse (*supra* n°188) nous aurions alors des créances *sur* la masse.

donc poursuivre l'indivision[49]. Et celle-ci répond de ses dettes sur ses biens. L'actif indivis est tout choisi pour répondre au passif de l'indivision. L'actif *indivis* est le corrélat du passif *de l'indivision*, il constitue le gage de ses créanciers. Le droit du créancier successoral et du créancier de l'indivision de saisir un bien indivis s'explique ainsi parfaitement. Le créancier pourra donc saisir un immeuble indivis et le faire vendre en justice, afin de se payer sur le prix d'adjudication. Et par ce paiement, de même, nous l'avons vu, qu'il est question d'encaisser une créance commune, il est question d'honorer une dette commune. L'indivision voit donc s'éteindre, simultanément, à son actif, une créance, et, à son passif, une dette[50].

[49] H. Capitant, *op. cit.* : "(…) la jurisprudence a-t-elle reconnu à diverses reprises la validité de cette action dirigée contre l'hérédité elle-même." Tissier, note sous Civ., 10 juill. 1893, *S.* 1894.1, p. 177, 3ème col., sur la saisie des biens pendant l'indivision, cite : R.-J. Pothier, *Traité. des obligations.*, Paris et Orléans, 1761, n°309 et 310 (« le décidait très nettement ») ; G. Coquille, *Les œuvres de Maître Guy Coquille*, Paris, 1703 ; J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris : Le Clerc, 1777, 1re partie, liv. 2, tit. 1, sect. 9, n. 12 ; A.-M. Demante, 2ème éd., Paris : éd. Plon, 1883-1896, t.3, n°210 bis, II, III et p. 328, note 1 ; C. Demolombe, 3ème éd.par Guillouard, Paris, 1867, t.5, n°214 ; comp. A. Bertauld, *Qestions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, 1re série, Paris : Cosse, Marchal, 1869. Puis il cite Aubry et Rau - P. de Loynes p. 6 aussi, mais il dit que ce n'est pas la question (cf. *infra* note 32 sous n°645 et la note additionnelle en annexe) et qu'Aubry et Rau ne répondent pas – et « Il est à remarquer enfin que l'arrêt de la chambre civile, dans notre espèce, prend soin de constater que les créanciers n'avaient pas fait de poursuites sur la masse de la succession, et réserve ainsi la question que nous examinons en ce moment. » ; Tissier, *op. cit.*, p. 180, 3ème col. : « D'après Lebrun, la jurisprudence reconnaissait, sous la coutume de Normandie, à tous les créanciers du défunt le droit d'agir sur les biens de la succession comme s'ils avaient été créanciers hypothécaires (D. Lebrun, 5ème éd., Paris, 1743 et 1775, liv. 4, chap. 2, sect. 1) ; d'autres coutumes donnaient au créancier une action *in solidum* contre chacun des héritiers. V. à cet égard, de Caqueray, *Revue prat.*, 1861, t.12, pp. 60 et s. » ; H. Capitant, *op. cit.* cite encore Dumoulin d'une manière qui fait penser qu'avant le partage les héritiers étaient, sur l'indivision, solidaires des dettes du défunt ; mais c'est à voir.

[50] En droit positif les poursuites sont exercées contre un indivisaire en particulier. Dans notre propre façon d'analyser cette disposition (disposition que nous trouvons, pour des raisons qui seront dites, absolument injustifiée), le bien successoral est attribué à un indivisaire, ce qui donne lieu à une dette de rapport à sa charge et envers l'indivision (ses coïndivisaires), et la créance de prix, qui lui est personnelle, dans la mesure où elle est affectée au paiement de dettes qui ne le concernent pas, est source d'une créance de rapport à son profit et à la charge de l'indivision (contribution). De la sorte les deux obligations s'éteignent par compensation.

**213.** **Droits du creancier successoral apres le paiement du prix aux indivisaires. —** Toute autre aliénation des biens indivis touche également au gage du créancier de l'indivision. Cela lui donne un droit sur la créance contre l'acquéreur. Mais l'argent, une fois perçu, en revanche, s'il échappe à la masse commune, concerne les rapports du créancier et des indivisaires individuellement pris, et le créancier doit se retourner contre eux.

**214.** **Cas complexes. —** L'acquéreur débiteur du prix de l'immeuble peut être un étranger ou un membre de l'indivision. Même l'indivisaire que le créancier a choisi de poursuivre au nom de l'indivision peut se porter acquéreur du bien. Précisons que dans le cas où une adjudication résulterait d'une saisie diligentée par un créancier de l'indivision, la créance de prix serait immédiatement exigible, à l'évidence, quand bien même l'adjudicataire serait un indivisaire. Car en cas de vente forcée l'acquéreur doit impérativement payer le prix au saisissant, le procédé visant la liquidation du passif. Mais notons que le membre de l'indivision adjudicataire peut être en outre créancier poursuivant ; en ce cas il voit sa créance contre l'indivision et sa dette envers elle s'éteindre par confusion. Dans cette hypothèse l'indivisaire acquiert un immeuble purgé de toute charge.

**215.** **Personnification de l'indivision et autres theories. —** Si la masse est débitrice, la division n'a plus lieu d'être. Cela suppose une personne. Mais l'on ne voit pas le jeu de la fiction que cela implique lorsque l'on y voit, non une personne, mais un patrimoine autonome. Une masse ou un patrimoine seraient

ainsi spécialement affectés au passif successoral indivis. Pour P. Raynaud, il y a un lien évident entre la non division des dettes, perçues comme formant un passif distinct des passifs personnels des héritiers[51], et l'autonomie de la masse indivise[52]. Quant au passif qui la grève, cette masse est "indivisible" et distincte des biens personnels des héritiers[53]. Dès lors, au profit des créanciers, et *à leur égard*[54], cela "fait de l'indivision un patrimoine, *dans une certaine mesure*[55] distinct et indépendant des patrimoines personnels des cohéritiers"[56]. De nos jours l'on a avancé encore dans l'objectivisation du rapport obligatoire. Objet de propriété, la créance est un bien[57]. Tout récemment Didier R. Martin dévelloppait l'idée d'objectivisation des dettes[58]. Dans cette version extrême, les dettes du défunt peuvent rester indivises sans que cela n'implique en rien la personnalité fictive de l'indivision. C'est encore l'idée de propriété collective

[51] P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°246, pp. 194 et 195.

[52] P. Raynaud, *ibid.*, n°246, p. 194 ainsi que p. 214 où la solution du droit positif (présentée comme une « atténuation » *importante* à la division des dettes) en ce qui concerne le créancier successoral, est visée comme caractéristique de l'autonomie....

[53] P. Raynaud, *ibid.*

[54] Notons que cette formule de P. Raynaud relativise prudemment le propos.

[55] Nous soulignons, car tout est toujours dans la nuance.

[56] M. Grimaldi, 5ème éd., Paris : Litec, 1998, n°658, p. 608, écrit que "la confusion des patrimoines est reportée au partage" et que "Le patrimoine survit à son titulaire (ce que nous savions déjà à cause de sa seule transmission) et son indépendance est maintenue, car le patrimoine ne fusionne plus avec celui de son successeur (voilà en revanche la nouveauté propre à l'indivision)." Les parenthèses sont de nous. Mêmes idées d'indépendance et de survie du patrimoine chez H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°1773, pp.903-904 (*id.* 4ème éd. par A. Breton, p.983), qui ajoutent qu'à l'égard des créanciers « tout se passe comme si le défunt vivait encore ».

[57] Dans la lignée de S. Ginossar, il faut citer la thèse aujourd'hui bien connue de F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse doct. d'Etat, Lyon 3, 1981. La propriété est une qualité attachée à la personne, son assiette consiste non pas uniquement dans des biens corporels, mais encore dans des droits (réels ou personnels), et aussi dans des biens immatériels.

[58] D. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », *Dalloz* n° 44 du 19 décembre 2002, p. 3279.

chère à Planiol[59]. Les dettes grèvent le passif du patrimoine et n'ont plus de rapport avec la personne.

**216.** **THEORIE DU PATRIMOINE ET DETTE DE L'INDIVISION.** — La rupture entre personne et patrimoine est consommée. Il y a donc logiquement autonomie patrimoniale de la masse sans que l'hérésie d'une personnalité fictive de celle-ci ne saute plus aux yeux. Mais il est remarquable que la formule de l'attendu de principe de l'arrêt Frécon (1912) ait été frappée par Aubry et Rau[60]. Nous ne parlons pas du fait, banal, au demeurant, en droit, que ce soit à une distance de quarante deux ou trente cinq ans que nos auteurs aient pu glisser la formule sous la langue des juges de la chambre des requêtes[61], mais bien d'un paradoxe autrement plus difficile à expliquer. Comment peut-on associer Aubry et Rau à une solution dont le fondement porte atteinte à leur théorie ? Se pourrait-il que l'idée d'autonomie du patrimoine soit en germe dans la théorie du patrimoine de Aubry et Rau[62]?

[59] Cf. sa thèse de doctorat, *Des bénéfices accordés aux héritiers (Droit romain). Du bénéfice d'inventaire (Droit français)*, thèse (Président Accarias) Paris, 1879, où il consacrait déjà l'exception à la confusion des patrimoines.
[60] P. Raynaud, *op. cit.*, n°246, p. 194, pour qui cela "consacre bien l'existence d'une masse "indivisible" et distincte des biens personnels des héritiers quant au passif qui la grève et la règle de la division des dettes se trouve sensiblement atténuée", cet auteur se prononçait pour l'existence d'un passif de l'indivision (rappelons que Raynaud, dans sa thèse de doctorat, défendait l'idée de patrimoine d'affectation appliquée au régime dotal). P. Raynaud notait que c'était par cette formule, *issue* du *cours*, que "la règle de la division des dettes se trouve sensiblement atténuée ». La note 203 accrochée ici au texte renvoie au n° 270. Et Mazeaud allait même plus loin en écrivant que c'est « à l'instigation de Aubry et Rau que l'on a décidé d'accorder aux créanciers héréditaires un droit de poursuite différent sur l'hérédité et sur les biens de chaque héritier. » H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, 4ème éd. par A. Breton, 1982, n°1773, pp. 983 et sans changement 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, 1999, pp. 903-904.
[61] Aubry est mort en 1870 et Rau en 1877.
[62] Cf. *supra* n°65.

**217. CONFUSION ENTRE BIEN SUCCESSORAL ET BIEN INDIVIS : AUBRY ET RAU ET L'ARRET FRECON (BIS) . —** Sur la question de la division des dettes, il y a une formule de Capitant qui touche au point cardinal: “la masse indivise comprend non seulement les biens mais les dettes héréditaires[63]”. Or, le propos résonne comme l'écho de cette autre formule, légèrement plus ancienne, qui est d'Aubry et Rau: le patrimoine “comprend les dettes comme il comprend les biens.”[64] Mais les contextes ne sont pas les mêmes d'une phrase à l'autre. Avec Capitant il s'agit d'*indivision*, là où Aubry et Rau traitaient de *transmission*. Et en réalité c'est ce qui s'est produit avec le gage du créancier successoral. Une formule destinée au contexte successoral a été détournée pour s'appliquer au contexte d'indivision[65]. Ainsi, l'idée que les biens successoraux sont le gage des créanciers du défunt, quelle que soit le mode sous lequel la succession est acceptée, et indépendamment même de l'acceptation de la succession, détournée de ce contexte, devient la formule de Req., 24 décembre 1912 : “*malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, le gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant, continue, même après son décès,* et ce jusqu'au partage, *de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité tout entière”*[66].

[63] H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *revue critique* 1924, p. 27.
[64] Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867-1879, § 573, texte p. 231 ; v. *supra* n°64.
[65] Cf. *supra* n°167.
[66] Sur la distinction indivision et succession cf. Civ. 1re, 19 juillet 1976. La phase qui précède l'acceptation pose néanmoins un problème. Il y a une forme de jacence et d'indivisibilité de la saisine, dans la mesure où pour entrer en indivision il faut l'acceptation. En pratique, les créanciers successoraux peuvent poursuivre les biens du défunt (et les créanciers personnels aussi), mais, dès lors que le deuxième héritier accepte, les créanciers doivent attendre le partage, sans que l'on ne remette en cause les actes effectués sous l'état antérieur (théorie du gérant).

**218.** **DETTES DE L'INDIVISION NEES APRES L'OUVERTURE DE LA SUCCESSION. —** C'est l'indivision de l'actif successoral qui explique que le passif successoral soit considéré comme un passif autonome par rapport à l'ensemble des indivisaires. Mais l'actif indivis répond à un passif plus large que le seul passif successoral. L'indivision a aussi d'autres créanciers plus ordinaires, ainsi que toute personne peut en avoir. Elle a des créanciers que l'on pourrait appeler “personnels”, pour les opposer aux créanciers “successoraux” (pour la succession), mais ce serait au risque de créer une confusion. L'on parle plus globalement des créanciers “héréditaires[67]” (par référence à l'hérédité) ou “de l'indivision”. La terminologie n'est pas très rigoureuse. La question de fond est celle des dettes nées “à cause de l'indivision”. Cela concerne en particulier les créances contractées individuellement par les indivisaires, lors de leurs rapports avec le corps collectif. Ainsi de l'indivisaire qui “expose des frais pour le compte de l'indivision”[68], ou qui a droit à une rémunération[69] pour avoir tout simplement géré la masse commune.

## B) Ordre entre paiement et partage

**219.** **HIERARCHIE ENTRE CREANCIER DE L'INDIVISION ET INDIVISAIRE D'APRES LA THEORIE GERMANISTE. —** Les créanciers de l'indivision entendent être payés sans

[67] F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°783, p.638, expression qui engloberait créanciers successoraux et de l'indivision - alors que le terme hérédité est synonyme de succession.
[68] Art. 815-18 C. civ. (pour le cas du gérant) et 815-13 al. 1. L'on peut même penser ici au cas de l'indivisaire qui, en application de l'art. 815-2 al.3, a été obligé d'engager des frais de conservation.
[69] Art. 815-12 al. 2 C. civ.

subir le concours des héritiers. Il entendent ne pas avoir à partager avec quiconque le prix de vente de l'immeuble indivis. Et il y a bien un ordre naturel entre le paiement des créanciers de l'indivision et le partage. Les dettes de l'indivision ne sont pas comme les quotes-parts : elles sont exigibles dès avant le partage[70], tandis que celles-ci ne le sont que par lui[71]. Il est même logiquement impossible de payer encore les créanciers de l'indivision sur les biens indivis *après* le partage[72]. En ce cas ils doivent exercer leurs poursuites, si leur titre le leur permet, contre les indivisaires personnellement, et sur des biens qui ont échappé à l'indivision, avec les inconvénients que cela comporte : division des dettes, et, pour les créanciers autres que successoraux, égalité avec les créanciers personnels de l'indivisaire. Les créanciers du défunt doivent donc de toute nécessité passer avant les héritiers. Le droit positif leur permet d'ailleurs d'intervenir *in extremis*, en prélevant un bien dans la masse partageable[73]. Pourtant, c'est la thèse que nous allons défendre, il s'agit ici d'une règle qui ne peut normalement bénéficier qu'à un créancier à cause de l'indivision *copartageant*, autrement dit un indivisaire créancier de l'indivision. Mais il est

[70] Arrêt Frécon (Req., 24 déc. 1912). Art. 815-17 al. 1er (loi du 31 déc. 1976).
[71] Cela est source de difficultés insolubles, comme nous le démontrerons, dans la mesure où les créances des indivisaires contre l'indivision tendent à être intégrées à l'opération du partage tandis que celles nées pour les mêmes causes au profit des étrangers ne sauraient l'être. La doctrine germaniste s'est engagée dans des apories dont elle n'a pas encore pris conscience. Notons par exemple que le créancier successoral peut être indivisaire. Comment, si on le condamne à attendre le partage, respecter l'égalité entre créanciers ?
[72] Observons que, pour se payer sur un bien indivis, non seulement le créancier successoral n'est pas contraint de provoquer le partage du chef de celui qu'il poursuit (comme un créancier personnel ordinaire), mais plus et mieux encore : s'il entend bénéficier de toute l'étendue de son gage il ne doit surtout pas le demander.
[73] F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°800, le prélèvement par un étranger n'aurait que des liquidités pour objet. C'est le cas, en priorité aussi de l'indivisaire qui prélève (cf. Rolland).

conforme à la logique de la confusion des catégories du propriétaire et du créancier, d'étendre aux créanciers étrangers à l'indivision le régime des indivisaires. D'ailleurs c'est un fait que nous n'aurons de cesse de déplorer[74].

**220.** **DISTINCTION DE L'OBLIGATION ET DE LA QUOTE-PART. —** Quoi qu'il en soit, sous cet angle de vue, l'égalité du partage ne semble pas en cause. L'indivision institue, dans le règlement de son passif, un ordre entre paiement et partage (avec la cohorte de difficultés que cela représente pour délimiter la frontière qui sépare indivisaire copartageant et créancier de l'indivision). La règle s'explique très bien par la personnalité de l'indivision. En effet, si l'indivision est propriétaire de l'immeuble, créancière du prix et débitrice, elle doit d'abord payer ses créanciers. Les indivisaires viendront ensuite. Les créanciers de l'indivision sont donc les premiers à pouvoir élever une prétention sur le prix de vente des immeubles de leur débiteur. La distinction de la dette de l'indivision envers le créancier successoral et de la quote-part de l'éventuel *boni* de liquidation que l'indivisaire pourra récupérer explique très bien l'ordre qui naturellement s'introduit entre eux.

[74] D'après la vision classique de l'indivision, tous les créanciers seraient personnels aux indivisaires. Entre ceux de chaque héritier devrait donc régner, par conséquent, le principe d'égalité. Or, voilà que l'on accorde à certains le privilège insigne de réaliser leur gage en prélevant un bien sur la masse partageable. Le droit de prélever est une prérogative typique du co-partageant. C'est un acte intrinsèque au partage. L'extension de son domaine traduirait donc peut-être l'existence, au profit de l'étranger qui l'exerce, d'une quote-part symbolique dans la masse commune. Mais sans doute est-ce que le fait de concevoir l'indivisaire lui-même à l'image d'un créancier n'a pas peu contribué à battre en brèche les principes. Quoi qu'il en soit nous voyons bien que si l'indivision est personnifiée c'est en vertu de cette perspective hétérodoxe qui réifie les quotes-parts.

**221.** **COMPARAISON AVEC L'ORDRE DANS LES SOCIETES ET DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES. —** De manière comparable, les créanciers sociaux passent avant les actionnaires. Dans les sociétés il y a une hiérarchie entre les créanciers sociaux, payés les premiers, et les associés, qui ne se partagent que l'éventuel boni de liquidation, au prorata de leurs parts (dans l'attente ils n'ont droit qu'à un dividende). L'indivisaire est en rapport avec l'indivision comme le serait un commanditaire avec son commandité. A la dissolution du contrat, le commanditaire ne peut récupérer sa part avant que le commandité n'ait honoré ses dettes (sinon le commanditaire demeurera tenu, après le partage, *propter rem*). La situation fait encore penser à celle que l'on connaît de très longue date dans le domaine des procédures collectives de liquidation. L'on a des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure et à la reprise d'activité qui sont payés avant les créanciers antérieurs, qui, de leur côté, perçoivent un dividende en attendant, et qui se répartiront l'éventuel reliquat[75].

**222.** **PRECISION DE L'ANALOGIE DE L'INDIVISION ET DE LA COMMANDITE. —** Ce système invite à réviser également l'analyse des poursuites exercées par le créancier du défunt contre un héritier personnellement. Il est certain que le créancier de l'indivision a actuellement le choix entre poursuivre les biens indivis pour le tout de sa dette, ou ceux de tel ou tel indivisaire personnellement, mais alors dans la mesure de la part de son débiteur. Si la première possibilité place l'indivisaire

[75] Ces analogies successives de l'indivision, de la société et de la faillite sont à leur place ici.

dans la position d'un associé commanditaire, la seconde instaure bien entre l'indivisaire et l'indivision une société de personne ostensible. Comme tout associé, l'indivisaire est tenu indéfiniment des dettes contractées, pour l'indivision, par le défunt (qui fait figure de gérant). Mais l'indivisaire n'est tenu que conjointement avec ses coïndivisaires (il est en quelque sorte caution des dettes de l'indivision, mais avec bénéfice de division). De même qu'entre les divers associés commanditaires, les dettes se divisent.

**223.** **PRONOSTIC SUR L'EVOLUTION DU DROIT DE L'INDIVISION AU MIROIR DE CETTE ANALOGIE. —** Quoique, l'indivisaire ne bénéficie pas du principe des vaines et préalables poursuites, comme ce serait le cas dans une société (en revanche, dans le régime de communauté, l'époux non plus). L'indivisaire serait étrangement caution des dettes de l'indivision sans bénéfice de discussion (et donc solidairement). Prophétisons donc que le législateur français, avant d'aller jusqu'à libérer parfaitement l'indivisaire des dettes du *de cujus*, pourrait procéder par étape en consacrant déjà l'idée intermédiaire d'un endettement total et *principal* de la masse indivise vis-à-vis du tiers étranger, et partiel et *accessoire* de chaque indivisaire personnellement. D'aucuns y verront peut-être la consécration de l'idée d'équilibre[76] (total *donc* principal, accessoire *mais* partiel).

[76] V. *supra* n°141.

### C) Les créanciers personnels des indivisaires

**224.** Le créancier de l'indivisaire n'est pas celui de l'indivision. — Cette analyse explique également très bien la situation des créanciers purement personnels des indivisaires. Le créancier personnel de l'indivisaire n'a aucune prétention directe à élever sur les biens indivis ou sur la créance qui résulte de leur aliénation. La créance de prix, étant aux mains de la personne *I*ndivision, et non dans celles des indivisaires, sera hors d'atteinte des poursuites directes de leurs créanciers[77]. Il ne peut poursuivre la saisie d'un bien indivis pour une dette qui pèse, non sur l'indivision, mais sur l'indivisaire[78]. Il ne peut pas poursuivre l'indivision.

**225.** Le droit au partage et le recours du *solvens* de la dette de son coïndivisaire. — En revanche, comme le droit de demander le partage appartient à son débiteur, il peut l'exercer à sa place (par l'action oblique)[79]. Du reste, nous

[77] En revanche, sur l'argent perçu en paiement de cette créance, cela peut se discuter.

[78] Anciennement énoncée à l'art. 2205 C. civ. ("Néanmoins la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable, ou dans lesquels ils ont droit d'intervenir conformément à l'article 882, au titre *des Successions."*), la règle figure, depuis la loi de 1976, sous un art. 815-17 C. civ : al 1[er] "Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles."; al. 2 "Les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles" ; al. 3 : "Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui." Cf. art. 1873-15 al 2 C. civ., première phrase, qui croit utile de préciser le cas où l'indivisaire ne peut, pour un temps, demander le partage : "Toutefois, ces derniers ne peuvent provoquer le partage que dans les cas où leur débiteur pourrait lui-même le provoquer. "

[79] 815-17 al 3 C. civ.. première phrase "Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui ». Cf. l'ancien article 2205 C. civ.. Cf. 1873-15 al 2 C. civ., première phrase, qui croit utile de préciser le cas où l'indivisaire ne peut, pour un temps, demander le partage : " Toutefois, ces derniers ne peuvent provoquer le partage que dans les cas où leur débiteur pourrait lui-même le provoquer. "

avons vu qu'il lui est loisible de saisir la quote-part de l'indivisaire[80]. Notons que le législateur prévoit que l'action en partage exercée par le créancier d'un indivisaire peut être arrêtée en acquittant la dette de celui-ci[81]. Cela s'explique parce que le créancier ne cherche que son paiement (la même chose, opposée à un indivisaire, serait plus surprenante)[82]. Mais une disposition ajoute que l'obligation est payée "en l'acquit du débiteur". Et que "ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis". Il s'agit d'une des curiosités les plus marquantes du droit de 1976. Elle signifie que l'indivisaire débiteur, au lieu de son créancier personnel (*accipiens*), devient débiteur, non point du *solvens*, comme l'on pourrait s'y attendre, mais de la masse indivise ; et celle-ci est débitrice de l'indivisaire *solvens*. De la sorte, le *solvens*, subrogé dans les droits d'un créancier personnel, bénéficie des droits privilégiés que l'on accorde normalement, dans ce système, aux créanciers de l'indivision. C'est que dans cette conception repousser le partage c'est repousser la mort de l'indivision, donc c'est aller dans l'intérêt de l'indivision.

**226.** L'ORDRE GERMANISTE DU PARTAGE, VIOLATION DE L'ORDRE SUCCESSORAL. — Il est reconnu par tous les partis doctrinaux que normalement le créancier d'un indivisaire n'a pas plus de droit que lui sur la masse. Il doit, comme son débiteur,

[80] Cf., là encore, l'art. 1873-15 al 2, deuxième phrase qui, étrangement, juge nécessaire de dire que lorsque la demande en partage est écartée, "Ils peuvent poursuivre la saisie et la vente de la quote-part de leur débiteur dans l'indivision en suivant les formes prévues par le Code de procédure civile."

[81] Art. 815-17 al. 3, première phrase. Application : Civ. 1re, 20 déc. 1993, *Defrénois* 1994, 35890, pp.1084-1088, note F. Derrida et A. Honorat.

[82] V. cependant l'espèce d'achat de part qu'institue la loi de 1976, art. 815 al.3, devenu art. 824 sous la loi de 2006.

attendre le partage avant de connaître, avec la part concrète qu'aura l'indivisaire, la consistance exacte de l'assiette de son gage. Mais ce fait, indéniable, que le créancier personnel soit freiné sur l'actif indivis, explique, à cause du droit que l'on accorde au créancier successoral (droit que nous contestons), que le créancier personnel de l'indivisaire ne puisse passer qu'ensuite du créancier successoral. L'on instaure, entre créancier successoral et créancier personnel, une hierarchie qui aboutit à violer l'ordre successoral entre créanciers successoraux et personnels.

**227.** L'ORDRE DU PARTAGE S'IMPOSE AUX CREANCIERS PERSONNELS DES INDIVISAIRES. — Derrière les indivisaires s'avancent, pour et par eux, en dernier ordre, leurs propres créanciers. Après le partage, tout créancier personnel de l'indivisaire pourra saisir les biens attribués en propre à son débiteur. Mais le créancier personnel d'un indivisaire ne pourra prétendre à rien de plus que ce à quoi peut déjà prétendre son propre débiteur. Par conséquent, ce créancier est en quelque sorte en conflit avec le co-indivisaire de son débiteur. Ce conflit n'est qu'une conséquence du conflit des indivisaires pour le partage de l'actif successoral. Le créancier représente son débiteur. Ici c'est le partage qui s'impose à lui.

**228.** LE CREANCIER PERSONNEL HYPOTHECAIRE : CAS DE L'ARRET CHOLLET. — Ce régime s'applique également au créancier qui bénéficierait sur le bien indivis lui-même d'une hypothèque constituée du chef personnel d'un indivisaire. Tout ce que peut faire l'indivisaire, c'est hypothéquer sa quote-part de l'indivision. S'il

entend alors viser un bien en particulier, encore faut-il que ce bien lui soit attribué en propre par le partage. Par conséquent, l'hypothèque ne vaudra qu'entre les créanciers en conflit pour la répartition de l'actif personnel de l'indivisaire constituant. D'après ce système cette hypothèque ne vaut pas devant le droit d'un indivisaire qui se verrait attribuer l'immeuble et qui n'aurait pas consenti à cette hypothèque[83]. Et elle ne vaut pas face aux droits du créancier successoral, tout simplement parce que l'Indivision n'y a pas consenti. Le cas est classique. Ainsi l'affaire Chollet concernait le créancier hypothécaire personnel d'un indivisaire. Il est remarquable que dans le même cas, mais qui concernait une société, la même solution ait été ouvertement invoquée comme preuve de ce

[83] Art. 883 C. civ.

que les sociétés ont la personnalité morale, alors que l'on niait cette explication pour l'indivision[84/85].

[84] Il y a un paradoxe, c'est qu'il advient que l'on cherche à appliquer à l'indivision ce modèle de propriété collective, de patrimoine d'affectation ou de personnalité morale que l'on a commencé par appliquer aux sociétés, au nom, jadis, précisément, d'une opposition de l'indivision et des sociétés. Cela se voit très clairement dans le cas de l'arrêt duc de Rivoli (1891) connu pour avoir consacré « la personnalité civile » des sociétés (Req., 23 févr. 1891, S.1892.1 note E. Meynial). Abstraction faite d'une situation compliquée par le nombre des protagonistes et, entre eux, entre autres, des ventes, des cessions et des délégations, le cas est classique. Trois personnes (Joseph-Léon Roubaud, Victor Masséna duc de Rivoli et Léon Rigal) ont acquis « ensemble » (la difficulté étant de déterminer à quel titre exactement) un bien immeuble. L'une d'elle (L. Rigal, nous faisons abstraction des droits de l'épouse de L. Roubaud) constitue de son chef sur cet immeuble une hypothèque au profit de son créancier (la Banque générale des Alpes-Maritimes). Une partie de cet immeuble est revendue (à Lambert, le paiement de ce prix est hors de cause parce que les trois vendeurs l'ont délégué à un tiers, Raynard, un propriétaire encore antécédent). Puis l'immeuble est vendu en justice sur les poursuites du créancier personnel (Sauveur Samana, finalement) du nouveau propriétaire, et, pour la distribution de ce prix, le règlement provisoire de l'ordre, en date du 1er mai 1888, exclu la Banque et donne raison à S. Samana, créancier du propriétaire actuel. La Banque forme un contredit. Un jugement du tribunal de Nice en date du 17 juin 1889 déboute la banque qui fait appel et, sur l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel d'Aix en date du 10 juillet 1889, forme un pourvoi. Il s'agissait donc de savoir quel sort réserver à l'hypothèque constituée de son chef par l'une des trois personnes antérieurement « propriétaire » ; étant bien entendu que si elle était valable, l'actuel vendeur de l'immeuble serait en position de tiers détenteur et la Banque, créancier hypothécaire dont l'inscription était antérieure à toutes autres, préférée, ne serait ce que pour une simple portion du prix d'adjudication. Et c'est pour la résolution de cette question que l'on voit dès le jugement du tribunal l'opposition « des règles qui régissent les sociétés civiles » et de « celles qui établissent les droits des simples communistes », pour admettre que les premières, selon les termes du tribunal « forment un corps moral, une personne distincte des associés, sur les immeubles de laquelle ceux-ci, tant que dure leur association, n'ont qu'un droit purement mobilier, ainsi que cela découle des dispositions de l'art. 526, C. civ., et ne peuvent avoir aucun droit privatif de copropriété » ; sur quoi, après que la Cour d'appel ait déclaré « que les immeubles n'étaient pas la copropriété par indivis des trois associés, mais la propriété exclusive de la société », la Cour de cassation surenchérît : « il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits propres de chacun de ses membres (…) les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social ». Le paradoxe a nourri toute une doctrine qui pensait que la personnalité morale n'était somme toute qu'une indivision améliorée : une propriété collective.

[85] Comp. la théorie classique du passif, *infra* n°262 à 265.

## Conclusion du Titre 1

**229.** **EVOLUTION SIMULTANEE DE L'INDIVISION, DES SOCIETES ET DE LA COMMUNAUTE CONJUGALE. —** Au total, le droit actuel de l'indivision présente une analogie vraiment remarquable avec celui d'une société, d'une communauté ou d'une procédure collective de liquidation. Mais il faut préciser que cette comparaison n'a été rendue possible que par l'évolution que ces situations ont connus par ailleurs. Là, pour des raisons toutes autres, l'évolution du droit a abouti au même résultat. Nous ne parlerons ici que du régime de communauté[1].

**230.** **LE PASSIF EXCLUSIVEMENT PROPRE, EXCEPTION AU DROIT DE GAGE GENERAL. —** En 1965, le législateur français a interdit à certains créanciers propres d'un époux de poursuivre les biens de la communauté. Avant la dissolution de la communauté leur gage se limite aux biens propres de leur cocontractant. Ensuite de cette dissolution, ils ne pourront prétendre réaliser leur créance que sur ceux des biens communs que le partage de l'indivision postcommunautaire aura attribué à leur débiteur. Cela introduit dans le régime de la communauté une règle qui porte une grave exception au principe général de la responsabilité indéfinie et illimitée, sur tous ses biens présents et à venir, de celui qui contracte[2]. Une règle essentielle du droit de la communauté de jadis voulait que le tiers qui contracte une créance

[1] Ce qui vaut pour la communauté vaut *mutatis mutandis* pour les sociétés.
[2] Principe que l'on formule parfois comme celui de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine et qui est exprimé à l'art. 2092 C. civ. (devenu art. 2284 en vertu Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006): “Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir”.

avec un époux n’ait pas à connaître, que ce soit à son profit ou à son détriment, de la distinction des actes intéressant la communauté et des actes personnels, et de la distinction des biens communs et des biens propres. De telles distinctions ne concernaient que les époux dans leurs rapports réciproques, au moment du règlement des comptes, lors de la dissolution du régime. Ce système fonctionne parfaitement tant que l’on distingue nettement les patrimoines des deux époux. En revanche, il devient périlleux dès lors que l’on conçoit l’existence d’une masse confusément commune, c’est-à-dire indivise entre les deux époux. Dès lors, il apparaît normal, au contraire, comme c’est le cas dans l’indivision, que l’époux n’engage plus directement les biens communs que pour sa part.

**231.** CONFLUENCE DE L’INDIVISION SUCCESSORALE ET DE LA COMMUNAUTE CONJUGALE. — Autrement dit, du côté de l’indivision, il est normal que les créanciers personnels soient condamnés à attendre le partage, mais il est critiquable que le créancier successoral, qui n’est qu’un créancier personnel, puisse poursuivre la saisie des biens indivis. Les deux règles ont aboutit à une situation qui ne peut plus s’expliquer que par la personnalité morale ou le patrimoine autonome[3]. Du côté de la communauté il était normal, au contraire, que tous les créanciers d’un époux puissent même saisir des biens dont on sait qu’ils seront comptés pour

[3] Cf. H., L. et J. Mazeaud, (4ème éd. par A. Breton, Paris : Montchrestien, 1982, n°1773, p. 983, *id.* 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, 1999, pp. 903-904), note que par là cela “fait de l’indivision un patrimoine, dans une certaine mesure distinct et indépendant des patrimoines personnels des cohéritiers, puisque le droit de poursuites des créanciers est différent sur l’hérédité et sur les biens de chaque héritier: le patrimoine survit à son titulaire et son indépendance est maintenue au profit des créanciers; à leur égard, tout se passe comme si le défunt vivait encore (...)”.

communs à la dissolution, et il est critiquable que les créanciers personnels soient écartés de cette masse. La situation ainsi créée, qui ressemble à celle de l'indivision, ne peut plus s'expliquer que par les mêmes théories. C'est ainsi au prix d'une double violation des principes qu'est devenue possible la rencontre de l'indivision et de la communauté sous l'égide de la propriété collective[4]. — L'étude de notre sujet exigerait certainement, pour être complète, une enquête plus approfondie de l'évolution du régime de communauté, des sociétés et de la faillite. Mais l'étude de l'indivision successorale nous a précisément semblé être le préalable incontournable d'une telle étude, parce que la notion d'une communauté, en général, dépend trop de celle de l'indivision pour qu'une analyse exacte de celle-ci ne soit pas tributaire de la compréhension de celle-là. Aussi nous sommes-nous concentrés sur l'indivision. Notons simplement que la difficulté tient à ceci que si dans l'indivision les biens indivis sont classiquement à l'actif de tous les indivisaires, il semble que dans la communauté ils ne soient précisément pas à l'actif des deux époux, mais à celui d'un seul (jadis l'époux, aujourd'hui l'un ou l'autre), l'autre étant potentiellement son créancier : d'où le conflit classique entre l'épouse et les créanciers du mari, après la dissolution du régime. La montée de l'idée de propriété virtuelle, avec l'idée de deux participants et de créanciers communs, a tout confondu. Il s'agit, en outre, de

[4] Ce dont il s'agissait dans l'arrêt Moinet, Ch. réun., 16 janv. 1858, DP 1858.1.5, S. 1858.1.8 concl. Dupin, *Grands arrêts* n°221, cité par Colin sous affaire Chollet, Ch. réun. 5 déc. 1907, et par Nast sous l'affaire Brive 1938, D. 1939.2.53, qui y voit un conflit relatif à l'ordre des prélèvements entre la femme « créancière de la communauté » et le tiers créancier (p.55 col. a).

bien distinguer ce phénomène de celui des reprises *en valeur* de ses propres par la femme commune.

# Titre 2
# Théories classiques de l’indivision et du partage

**232.** **RECHERCHE DES OPINIONS CLASSIQUES. —** Jusqu’à l’achèvement de notre propos, nous ne cesserons plus de défendre le point de vue de l’analyse classique. Ce qui peut être dit, sans crainte d’erreur, de cette conception, c’est qu’il n’y aurait pas besoin de légiférer en la matière. Nos développements vont consister à démontrer que les difficultés que présente l’indivision peuvent se résoudre en raisonnant à partir du droit commun des biens et des obligations. Cela n'empêche qu'à cause de la complexité de la matière cela constitue déjà une tâche en soi que de discerner les solutions préconisées par ce courant doctrinal, d'exposer, d'analyser et de comprendre ce qu'il dit. En outre, il est bien peu de points sur lesquels cette doctrine soit unanime, car elle est au contraire animée de disputes internes[1]. Il s’agit donc d’indiquer comment des positions adverses se précisent et divergent en fonction du contexte.

[1] F. Hotman, *Antitribonian*, Paris, 1603, chap. 14, pp. 111-112, faisait cette citation de Tiraqueau (pour s’en moquer) : « il n’y a rien en notre droit qui ne soit ambigu & mis en dispute & controverse », cf. *supra* note 7 sous n°3.

**233. LES SOLUTIONS GERMANISTES CONTRAIRES PEUVENT ETRE FONDEES SUR LA FICTION.** — Quoi qu'il en soit, nous allons voir que l'on aboutit, depuis le point de vue classique, à des solutions qui coïncident, en certains cas, avec celles issues des idées de propriété collective, et qui, en d'autres, divergent. Dans ce dernier cas de figure, l'on est en présence d'une décision qui ne peut raisonnablement pas se justifier autrement qu'en supposant la personnalité de l'indivision. Dès lors, encore une fois, qu'être propriétaire, créancier et débiteur entre dans la définition de la personne et que l'on écarte la thèse du patrimoine autonome. Or, selon la conception stricte de la personne, l'indivision n'a pas de personnalité. Les germanistes, finalement, font *comme si* l'indivision était une personne, ils personnifient *artificiellement* l'indivision. L'indivision constitue, qu'ils le veuillent ou non, dans leurs explications, une personne fictive. C'est une fiction doctrinale qui a le statut d'une erreur et d'une anormalité. Le trait majeur de notre analyse sera de montrer quelles conséquences négatives ont concrètement de telles solutions pour les divers intéressés, propriétaires, créanciers ou débiteurs.

**234. DECOUVRIR UNE *FICTIO LEGIS* C'EST CRITIQUER LE DROIT POSITIF.** — Dès lors que l'on distingue les solutions doctrinales fondées en raison de celles qui ne le sont pas, l'on est tout naturellement conduit à jeter un regard critique sur le droit positif[2]. La constante comparaison que l'on peut faire entre les solutions

[2] A. Sériaux, *Le droit naturel*, coll. « Que sais-je ? », 2ème éd., Paris : Puf, 1999, p. 4 ; St Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, coll. «Œuvres de St Thomas d'Aquin », Paris : Cerf, 1984-1986, Ia, IIae, q. 96, art. 4.

doctrinales et les solutions positives permet de dégager un corps de solutions qui sont injustifiées en raison, parce qu'elles vaudraient spécifiquement lorsque l'indivision serait une personne juridique. L'indivision serait, pour cette raison et dans cette stricte mesure, une personne *fictive*, non point par l'effet de la reconnaissance des pouvoirs publics (puisque cette personnalité n'est pas reconnue), mais par les règles qu'ils appliquent. L'on parvient ainsi à la notion de *fictio legis*, au sens classique et précis du terme.

**235.** **FAIBLE PROPENSION DE LA DOCTRINE A CRITIQUER LE DROIT POSITIF. —** Mais il faut dire enfin qu'il est aisé aux juristes de remettre en question et d'adapter l'ordonnancement de leurs notions pour justifier une solution. Et la doctrine classique tend trop facilement à donner raison à une solution qui aurait pour elle la doctrine dominante, une jurisprudence bien assise, le poids de la tradition, ou tout simplement le droit positif. L'objectif des juristes est trop souvent de choisir une théorie, ou même de se livrer à une nouvelle élaboration, en prenant le droit positif pour critère de rectitude[3]. Or, comme jusqu'à aujourd'hui c'est le courant germaniste qui a porté l'évolution du droit positif, c'est ce courant que de telles constructions tendent à rejoindre. Il s'agit donc non seulement de comprendre mais de critiquer ces doctrines.

**236.** **LE PARTAGE EN NATURE DES BIENS IMMEUBLES INDIVIS. —** Comme l'on peut s'y attendre, nous voyons, dans la distinction d'avant et d'après le partage,

[3] V. *infra* n°876.

distinction jugée périmée par les doctrines qui personnifient l'indivision, la *summa divisio* relative aux biens indivis. Nous commencerons par traiter de la phase d'indivision, ensuite de quoi nous compléterons, préciserons et prolongerons notre propos en entrant dans les explications relatives à la nature et aux effets du partage.

# Chapitre 1
# Avant le partage

**237.** LE POUVOIR DEPEND DE LA PROPRIETE. — Le pouvoir (*potestas*) est étroitement lié à la propriété (*dominium*). Par conséquent, l'étendue des pouvoirs que l'on reconnait à l'indivisaire dépend de la conception que l'on aura de la situation que le contexte d'indivision des biens réserve à la propriété. Si la propriété est atteinte par le contexte, le pouvoir devra l'être aussi[1].

## Section 1
## La situation exceptionnelle de la propriété pendant l'indivision[2]

Pour commencer nous envisagerons la situation que le contexte d'indivision réserve à la propriété, puis nous verrons comment cette situation s'envisage dans la perspective du partage.

[1] Nous adoptons ici le même critère d'ordonnancement que pour la propriété collective (*supra* n°232).
[2] Cf. la théorie de la propriété collective *supra* n°179 à 181 (pour la propriété du tout) et n°194-197 (pour la propriété des parts).

## § 1
## *Situation de la propriété dans le contexte d'indivision*

La conception classique de l'indivision repose sur l'idée qu'il s'agit d'une situation rudimentaire, c'est la raison pour laquelle, il s'agit, d'autre part, d'une situation anormale et exceptionnelle.

### A) Caractère rudimentaire de la situation

**238.** ABSENCE DE CATEGORIE SPECIFIQUE. — S'il existe bien une conception “dogmatique[3]”, traditionnelle, classique, civiliste ou romaine de l'indivision, celle-ci est avant tout extrêmement rudimentaire. C'est ce que tout le monde s'accorde à lui reconnaître, en particulier ses principaux détracteurs[4]. Son caractère rudimentaire provient de ce que cette conception doit se contenter, pour analyser cette situation, des seules catégories élémentaires de personne, de propriété et de bien, dont on use ordinairement pour penser le cas du bien approprié par une seule personne. Josserand, qui explorait l'idée un peu audacieuse, en son temps, d'une propriété collective, témoignait à cet égard de son admiration pour la conception romaine[5].

**239.** CRITIQUE DES CONSTRUCTIONS GERMANISTES. — La définition de l'indivision ne doit pas faire appel à une quelconque catégorie originale, *sui generis* ou forgée *ad hoc*. Et c'est très précisément en concevant des notions pour les

[3] J. Flour, « Plus-values et fruits des biens indivis », *J.C.P.* 1943, I, 336, n°2.
[4] L. Josserand, « Essai sur la propriété collective », *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, publié par la société d'études législatives, I, 1904, p. 375.
5 *ibid*.

besoins de la cause que la plupart des auteurs modernes se sont écartés, ou même ont pensé avoir eu raison de l'ancien cadre. Toute les idées d'un droit indivis, d'une sorte de droit de propriété particulier en cas d'indivision, de division et de partage du droit, de personne morale constituée de la communauté des copropriétaires, etc. sont condamnées d'avance. Et ce n'est certainement pas la propriété du bien qui est indivise, mais le bien lui-même. Quant à l'idée que l'indivision désignerait une masse de biens, elle est problématique. La distinction de l'indivisaire propriétaire *ut universi*, de l'ensemble des biens indivis, et *ut singuli*, de chacun de ceux-ci en particulier, ne nous paraît pas non plus pertinente. Les indivisaires ne sont pas propriétaires d'un tout ou d'une masse abstraite formée par un ou plusieurs biens, mais directement de chacun du ou des biens qui font partie de l'indivision. L'on ne se représentera pas aisément, convenons-en, l'idée d'une appropriation qui serait *collective*[6]. La propriété, dans sa conception classique, ne se conçoit pas comme collective ou partagée[7].

**240.** L'INDIVISAIRE EST UN PROPRIETAIRE. — *L'indivision n'est donc qu'un cas de propriété individuelle*. C'est ainsi, par un paradoxe abrupt, que nous pourrions formuler le thème central de la bonne doctrine. Le droit de l'indivisaire ne

[6] Même les promoteurs de la conception germaniste avouent ou revendiquent le flou de leurs propres constructions (v. Mis de Vareilles-Sommières, « La copropriété », *Revue critique*, 1907, n°5, p. 532 ; H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 22, al.9). C'est l'endroit de rappeler le mot de G. Beseler : « Jamais vous ne pourrez faire entrer nos *Genossenschaften* germaniques dans le système du droit romain : nous autres Germains avons eu et avons encore des façons de penser différentes des vôtres » (cité par F. Maitland, introduction à O. Gierke, *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris : L. Tenin, 1914, p. 20).
[7] Cf. *supra* n°179-181.

diffère en rien de celui d'un propriétaire[8]. Chacun des indivisaires a, sur le même bien que ses coïndivisaires, un droit de même nature que celui qu'aurait un propriétaire isolé et individuel. Même s'il n'adhérait visiblement pas à cette analyse, R. Le Balle disait fort justement, que "le concept rationnel romain" (comme il l'appelait) "implique l'identité de nature entre les droits indivis et les droits divis"[9]. C'est un fait reconnu qu'en droit romain de nombreux auteurs ont défendu cette doctrine[10]. Gaudemet cite Ulpien, 28 *ad ed*, D. 13. 6. 5. 15. comme un "texte particulièrement intéressant, en ce qu'il montre bien que le droit du copropriétaire n'est pas d'une nature différente de celui du propriétaire exclusif. La discussion qu'il rapporte implique que le copropriétaire est un *propriétaire*." Ulpien cite Cesle fils, libro sexto digestorum:

> Si duobus vehiculum commidatum sit vel locatum simul,
> Celsus filius scripsit libro sexto digestorum
> quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur
> et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse
> nec quequam partis corporis dominium esse

[8] J. Gaudemet, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, thèse Strasbourg, Paris : Sirey, 1934, p. 503 : « Le droit de l'indivisaire est identique à celui qu'aurait son titulaire exclusif. » Cf. arrêt Lafontaine, Paris, 20 mai 1892, *D.* 1892.2.357.
[9] Résolument hostile à cette conception, il en tirait, quant à la compréhension de celle-ci, des conclusions erronées, invalidant par là à nos yeux sa critique, C. Beudant, publié par R. Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de R. Le Balle, 2ème éd., Paris : Rousseau, 1936, n°701, note 2, pp. 369-370.
[10] J. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 401-402 : "doctrine défendue par de nombreux auteurs et selon laquelle la copropriété n'est qu'une propriété ordinaire"

sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere[11]

## B) Caractère exceptionnel de la situation

**241.** **L'INDIVISAIRE CONSIDERE ISOLEMENT. —** Si l'on souhaite appréhender cette conception, il suffit d'envisager la situation de chaque indivisaire isolément. Et en faisant un instant abstraction des droits des autres, alors l'on constate que l'indivisaire est bel et bien propriétaire des biens indivis comme le serait un propriétaire normal. Et en effet, chaque indivisaire peut se considérer égoïstement comme le propriétaire parfaitement exclusif des biens indivis, au regard desquel toutes les autres personnes, ses coïndivisaires y compris, ne font figure que d'étrangers sans droit. Le caractère paradoxal de la situation provient bien évidemment du fait que plusieurs personnes peuvent tenir le même discours relativement au même bien. Mais si l'on tient compte du fait que cette analyse vaut pour chaque indivisaire, l'on peut, en manière de synthèse, se faire une idée de l'ensemble de la situation.

[11] Trad. Hulot (modifiée par nous) : Si on prête ou si on loue une voiture à deux personnes en même temps, Celse le fils écrit, au livre six de son Digeste, qu'on peut demander si chacune d'elle est tenue de l'action en entier, ou seulement pour moitié ? Sur quoi il remarque que la propriété ou la possession d'une chose ne doit point en même temps appartenir à deux personnes en entier, et qu'on ne peut pas être propriétaire de telle partie d'un effet, mais seulement avoir dans le tout la propriété d'une portion par indivis. Néanmoins l'usage d'un bain, d'une promenade, d'un champ appartient à chacun en entier, parce que l'usage de l'un ne diminue pas celui de l'autre. S'il s'agit d'une voiture prêtée ou louée à deux personnes, chacune a en effet l'usage de la moitié, car une seule ne remplit pas toute la capacité de la voiture. Mais cependant il pense que chaque personne doit répondre en entier de la mauvaise foi, de la faute, du défaut de soin ou de garde dont il est résulté quelque tort au préjudice du maître de la voiture ; en sorte que ces deux personnes seront comme deux débiteurs solidaires. Si l'une d'elles, actionnée à cet égard, paye la condamnation, l'autre sera libérée ; si la chose prêtée ou louée leur est volée, elles auront l'une et l'autre l'action pénale du vol.

**242.** L'ENSEMBLE DE LA SITUATION REVELE DES CONTRADICTIONS. — Selon que l'on envisage la situation du même indivisaire depuis son propre point de vue ou depuis celui d'un autre indivisaire, il est à la fois propriétaire et non-propriétaire du bien indivis. De la sorte des qualités contradictoires se rencontrent étrangement sur la tête d'une même personne[12]. Et si l'on prend plutôt le bien pour référence, tous les indivisiaires peuvent également être tenus chacun à leur tour pour propriétaire. Ce qui définit le caractère indivis du bien, c'est d'être à la fois entièrement à l'un et à l'autre. Que l'on envisage la situation en terme de cumul sur le même chef de qualités contradictoires, ou de simultanéité des multiples propriétés sur le même bien revient au même.

**243.** CARACTERE INCONCEVABLE DE L'INDIVISION. — Mais peut-être la distinction du tien et du mien restera-t-elle à jamais difficile à concevoir en matière d'indivision. L'on conçoit parfaitement que deux personnes aient des droits *de nature différente* sur la même chose. Ainsi du propriétaire et de l'usufruitier[13]. Mais il est vraiment difficile d'imaginer qu'un bien soit frappé de plusieurs droits de même nature. La doctrine juridique c'est beaucoup nourrie d'une sorte de représentation physicienne atomiste du droit, dont nous ignorons la provenance, qui dit que l'indivisaire est propriétaire du bien indivis *jusqu'en son*

[12] Cf. l'analyse de P. Jourdain, cité *infra* note 34 sous n°254.
[13] Sauf à considérer l'usufruit comme, proprement dit, le *démembrement* d'un même droit. Mais même en ce cas il subsiste une nuance entre, d'un côté, deux indivisaires et, de l'autre, un nue-propriétaire et un usufruitier.

*moindre atome*[14], et qui ajoute que cet atome serait comme un point où viennent se rencontrer les droits de chacun, comme des promeneurs à un croisement[15]. Il y a là un parfait non-sens, une situation contre nature, anormale et exceptionnelle, une étrangeté, une monstruosité logique franchement inconcevable.

**244.** L'EXCLUSIVITE. — Si l'on ne peut envisager qu'une même chose soit appropriée par une pluralité de propriétaires, c'est, dans le fond, à cause de la dimension d'exclusivité, si étroitement attachée à la propriété, conçue par ailleurs comme un droit personnel et individuel. L'exclusivité est une dimension importante de la propriété privée. La propriété est le droit d'exclure les autres de la chose que l'on a pour soi, et soi seul. Au XXe s. il y avait d'ailleurs en doctrine un courant de théoriciens que l'on appelait personnaliste. Ils avaient tellement insisté sur cette dimension d'exclusivité qu'ils regardaient la propriété comme un droit de créance[16]. Selon eux la propriété n'était pas un droit réel mais un droit personnel. C'était le droit qu'avait le propriétaire d'exiger de toutes les

[14] P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5ème éd., Paris : Arthur et Rousseau, 1911, p. 314. Mais l'on trouvera trace de la vision atomistique et moléculaire de l'indivision un peu partout. Sur l'atomisme en philosophie v. R. Guénon, *Introduction générale à l'étude des doctrines hindoues*, Paris : Guy Trédaniel, 1997, pp. 38-39 et 175-177 et spèc. pp. 234-235 où apparaît le rapport de cette doctrine avec les distinctions corporel/incorporel et, surtout, divisible/indivisible (l'atome est indivisible).

[15] M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1904, t.1, n°2497, p. 798. Demolombe s'est même laissé aller à broder sur le thème, dans ce style qui le caractérise : « Voilà une succession indivise entre Primus et Secondus. Eh bien ! la communauté, la promiscuité de leurs droits (ce qui est très loin de la conception romaine, D. 50.16.25.princ.) se retrouve dans chacun des objets qui la composent, et dans chacune des parties de ces objets, même subdivisés à l'infini ! on n'en saurait prendre une seule pièce que, sur cette molécule, même la plus minime, ne se rencontrent, à l'instant, face à face, confondus et enchevêtrés l'un dans l'autre, ces deux droits rivaux, qui se maintiennent ainsi par l'effet même de leur nature réciproque et également exclusive ! » (C. Demolombe, 3ème éd., Paris, 1867, t.3, p. 484).

[16] Cf. M. Planiol. Personnalistes. La propriété non plus comme un rapport de la personne à la chose mais entre le propriétaire et autrui relativement à la chose. Cf. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960, n°4, pp. 4-11.

autres personnes qu’elles le laissent jouir en paix de sa chose. Construction qui nous semble aujourd’hui parfaitement saugrenue, mais qui permet de bien comprendre, quoi qu’il en soit, que *propres et communs sont contradictoires*.

**245.** RELATIVISATION DE LA PROPRIETE. — Comment imaginer l’exclusion dans un contexte collectif ? L’exclusivité s’allie mal avec la mise en commun des biens. Elle peut encore valoir face à de parfaits étrangers. Mais entre indivisaires ? Demolombe rapporte qu’Omer Talon disait que c’est la loi, par une *fiction civile,* qui peut “faire violence à la réalité et à l’indivisibilité des substances” de sorte que les cohéritiers conservent chacun leur droit également exclusif[17]. La loi fait l’impossible. Aucun des indivisaires ne peut exercer son droit jusqu’à exclure tous les autres, car de la sorte finalement, puisque l’on ne peut en favoriser un seul, ils s’excluеraient tous mutuellement. Le bien se retrouverait sans maître et l’on se demanderait de quel droit ils peuvent encore s’exclure. L’exclusion ne vaut donc pas entre indivisaires. Tout indivisaire doit compter avec ses coïndivisaires. Chaque indivisaire peut obliger les autres à respecter son droit, tout en étant tenu de respecter le leur. Les indivisaires doivent tolérer les droits de chacun, même, pensons-nous, jusque dans ceux de ses ayants droits. La propriété, dans son caractère exclusif, est donc relativisée, jusqu’au partage[18].

[17] C. Demolombe, *op. cit.*, p. 484.
[18] J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 503 : « Ce caractère fortuit de la limitation du droit de chacun est particulièrement mis en relief par la formule célèbre, fréquente dans les textes classiques, surtout en matière de pluralité de légataires : *Concursu partes hebebunt* (Celse [35 *Dig.*], D. 32, *de leg…*)

D'où le fait que le contexte d'indivision ait pu être traité sous le titre des limites et des entraves au droit de propriété[19].

Cet élément a toujours embarrassé la doctrine classique, mais en même temps il est caractéristique de la situation d'indivision et il participe au premier chef de sa définition. La théorie classique perçoit précisément l'indivision comme une situation complexe qui, prise dans son ensemble, a justement quelque chose d'inconcevable. Comment une chose qui est à soi pourrait être en même temps à autrui? Mais c'est ce côté invraisemblable de l'indivision qui est précisément son trait le plus caractéristique. Cette approche n'occulte pas le fait que ce soit anormalement que l'indivision consiste dans une démultiplication de la structure de la propriété privée sur une même chose au même moment. Au contraire, elle seule permet d'analyser ce fait en détail. Autrement dit, si *normalement* la propriété privée se décline avec une seule personne, c'est *accidentellement* qu'elle connaît un mode pluraliste.

## § 2
## *L'indivision dans la perspective du partage*

**246.** LE PARTAGE, RETOUR A LA NORMALE. — Tant que l'on conserve à l'esprit le caractère anormal de la situation, l'on conçoit sans difficulté que le partage ait le caractère d'un retour à la normale. L'attribution à chacun d'une part en propre

[19] C'est le fait de H. Doneau, *De jure civili*, Norimbergae, 1801, L. IX, ch. 11 (t.2, col. 1231 cq) [citation J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 501, qui traduit *imminutio juris dominii* par limites au droit de propriété, et *impedimentum* par entrave à ce droit].

est l'issue normale de l'indivision. Le partage est l'acte juridique par lequel l'on sort de l'indivision pour retrouver une situation normale, dans laquelle les héritiers n'ont plus rien en commun avec personne. Le caractère anormal de l'indivision est une bonne raison de n'y voir que l'antichambre du partage et pour voir en celui-ci un droit[20].

**247.** DUREE DE L'INDIVISION. — L'indivision présente certes le caractère d'une situation qui n'est pas durable, mais temporaire. Néanmoins, il ne faut pas exagérer non plus cette idée. Elle ne signifie pas que cette situation ne doive pas durer et qu'il faille partager au plus vite. En réalité, l'indivision peut durer autant de temps que les indivisaires le souhaitent ou, autrement dit, tant qu'ils ne souhaitent pas la voir cesser[21]. D'ailleurs, le moment auquel intervient le partage ne change foncièrement rien à l'analyse juridique. Dès lors, le principe d'un délai avant lequel le partage ne peut-être demandé n'est pas une règle dont on

[20] « Cette communauté de biens qui aurait convenu aux hommes dans l'état d'innocence, ne convient pas, au moins pour toujours, aux hommes tels qu'ils sont aujourd'hui ; il faut, pour entretenir la paix entre les hommes, tels qu'ils sont, que chacun ait le sien séparément ; c'est ce qui est établi par l'expérience et l'exemple de tous les siècles. Dès le commencement du monde, les enfants de nos premiers pères ne sont point demeurés en communauté de biens, et ont partagé la terre entre eux, et successivement d'âge en âge, leurs enfants ont fait la même chose : c'est pourquoi la communauté de biens est un état qui, par sa nature, n'est pas durable ; elle exige un partage par lequel les parties entre lesquelles elle est, en puissent sortir. » ; R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.8, chap. 4, art. 1er, p. 150 et plus précisément, titre 17 , sect. 6, art. 1er, « L'état de communauté de biens est un état qui ne peut subsister pour toujours, et qui exige un partage. »

[21] Dans le contexte très particulier de la copropriété de l'immeuble bâtis divisé par appartement, l'indivision n'est pas conçue pour déboucher sur un partage (encore que même en ce cas celui-ci ne soit pas impossible).

Quand bien même le partage interviendrait le jour de l'ouverture de la succession, cela n'empêcherait qu'une phase d'indivision a existé. En outre, la phase d'indivision est incontournable lorsque, acceptation tardive, découverte d'un héritier ou pétition d'hérédité, l'effet de ces événements remontant rétroactivement au jour de l'ouverture de la succession, toute la période qui les précède devient une phase d'indivision entre l'intéressé et celui ou ceux des héritiers qui avaient accepté avant lui.

puisse dire qu'elle est attachée positivement ou négativement à la conception classique. Pas plus que la durée de ce délai[22].

**248.** **LA PREVISION DU PARTAGE. —** Le partage est inhérent à l'indivision au sens où l'on sait qu'un jour ou l'autre il faudra bien donner à chacun sa part[23]. Le partage est donc présent, en puissance, pendant l'indivision. Dans l'horizon du partage il est *prévisible* que les biens aujourd'hui indivis sortent de cet état et soient appropriés par un seul. Mais il ne faut pas anticiper sur lui, comme on le fait lorsque l'on parle d'une quote-part idéale.

**249.** **VALEUR DU TOUT ET VALEUR DES PARTS LORS DU PARTAGE. —** Il est vrai que lors du partage le droit de chacun, quoique touchant le tout de la masse partageable, n'aura que la valeur à laquelle correspondra sa part dans ce tout[24]. En effet, si à ce stade l'on donnait au droit de deux indivisaires la valeur d'une chose commune valant dix-huit, cela ferait, en additionnant les droits de chacun, un

[22] La loi de 1976 a élargi les possibilités de différer le partage (v. *supra* n°199). Art. 815, 815-1 et 815-17 alinéa 3 C. civ. Il nous semble néanmoins contestable que l'on puisse forcer, contre la volonté d'un indivisaire, le maintient dans l'indivision (v. *supra* n° 199).

[23] Cf. la doctrine germaniste du partage, *supra* n°179 à 181 (la propriété du tout), n°251 à 257 (propriété de la quote-part) et n°200 à 209 (le partage).

[24] Rappr. la conception de Windscheid, *supra* note 2 sous n°179.

total de trente-six et, s’ils sont trois, de cinquante-quatre[25]. La valeur accordée au droit de chaque indivisaire doit correspondre exactement à la valeur de sa part, à laquelle son lot correspondra normalement (mais pas forcément), et non à celle de la totalité de l’assiette de ce droit. C’est à ce moment que la valeur du droit de l’indivisiaire est proportionnel à sa vocation. Si l’on a par exemple deux indivisaires, leur vocation étant de moitié, pour une masse évaluée à dix-huit, la valeur des droits de chacun sur le tout serait de neuf et elle serait de six s’ils sont trois à égalité. Cela introduit un hiatus entre le droit et sa valeur. Un droit portant sur un bien qui vaut dix-huit peut ne valoir que neuf, ou six, en fonction de ma vocation.

**250.** **DIFFICULTE PENDANT L’INDIVISION DE PREVOIR LA VALEUR DE LA PART. —** Mais cela n’est vrai que lors du partage et il est délicat d’anticiper à cet égard sur lui. Cela peut susciter l’embarras, mais en bonne doctrine l’on ne peut pas, avant le partage, évaluer le droit de l’indivisaire. Avant le partage, c’est-à-dire avant la

[25] Un exposé relatif au partage des successions ne peut se passer d’illustration. Nous utiliserons toujours, à titre d’exemple, les mêmes cas. Quant au nombre des indivisaires, un est exclus par hypothèse. Le cas des deux héritiers est le plus simple, mais il est aussi source d’ambiguïtés, et n’est pas un bon critère distinctif des doctrines et des solutions qu’elles préconisent. C’est le nombre de trois héritiers qui est illustratif du plus vaste champs de difficultés (Cf. Labbé, note sous affaire Akuin, Req., 8 mars 1875, S. 1875.1.450, ou M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, p. 895, qui prennent l’exemple de trois), mais il est plus compliqué que deux. Quatre ne fait que compliquer encore un peu plus les calculs sans rien ajouter à la démonstration. Aller de l’exemple de deux à celui de trois permet non seulement d’aller du simple au complexe, mais c’est un mouvement qui contient en soi une vertu démonstrative. Pour la clarté de l’exposé nous conserverons donc les deux exemples de deux et de trois héritiers. Dès lors, les sommes données en exemple doivent aller en fonction. Nous prenons le nombre de trente six qui permet d’effectuer clairement divers calculs en conservant la plupart du temps des nombres entiers, que ce soit pour deux ou trois copartageants, sans avoir à modifier la somme de départ. En droit maritime, chaque part du navire indivis, au nombre de vingt quatre, s’appelle un *quirat* et les indivisaires des *quirataires*. Le terme, emprunté du grec, provient de l’arabe *qirât*, qui désigne la vingt quatrième partie d’un poids. *Vocabulaire juridique* H. Capitant, v° *quirat*. Trente six quirats font une unité de mesure et demi. La circonférence fait 360 degrés. Sur le nombre 36, cf. G. Scholem, *Le messianisme juif*, coll. Dias, Paris : Calmann-Lévy, Presses Pocket, 1974, p. 359, « La tradition des 36 justes cachés » (pp. 362-363).

formation de la masse partageable et la composition des lots, la proportion que sa vocation successorale donne à chacun compte tenu de la présence des autres, et la valeur réelle des biens actuellement indivis ne suffisent pas à évaluer le droit de chacun. Pour évaluer la part concrète de l'indivisaire, non seulement sur le tout des biens indivis, mais encore sur chacun de ceux-ci, il faudrait préjuger de deux choses : de la consistance de la masse partageable[26] et du résultat du partage. L'on ne peut prévoir ce qu'aura tel indivisaire, s'il sera seul propriétaire de tel bien qui fait partie actuellement du tout, s'il n'aura qu'une partie seulement de ce tout, plutôt que son ensemble, ou même s'il aura quoi que ce soit de la masse indivise actuelle. Cela est théoriquement *imprévisible* et relève de la pure spéculation. La présence des autres implique la répartition future, mais elle ne permet pas de préjuger de son résultat.

**251.** L'INDIVISAIRE EST POUR LE TOUT PROPRIETAIRE DE CHAQUE BIENS INDIVIS. — Il est donc faux de croire que l'indivisaire a, tant sur la masse des biens indivis que sur tel ou tel bien en particulier, des droits seulement proportionnels à sa vocation successorale. A cet égard, la distinction des bien indivis *ut singuli* et *ut universi* est source d'erreur. A cet égard encore, la formule "*totum in toto et totum in qualibet parte*", nous parait dangeureuse. Car l'indivisaire n'est propriétaire de rien en partie, mais pleinement de tout, sans distinction possible. Et la notion d'une quote-part idéale, distincte de la quote-part concrète attribuée lors du

[26] Nous verrons en seconde partie que c'est le rapport qui introduit un hiatus important entre masse indivise et masse partageable.

partage, est donc fausse, car il n'y a pas plus de partition idéale que matérielle[27]. De toutes manières, les controverses autour du sens à donner à la part font elles aussi partie de la spécificité de l'indivision[28].

**252.** **VALEUR DU TOUT ET VALEUR DES PARTS PENDANT L'INDIVISION. —** Pendant l'indivision, les indivisaires sont d'ores et déjà confrontés au partage en un sens large du terme, en ceci que, la chose étant commune, chacun devra pouvoir en jouir et en profiter en même temps que les autres. Il n'y a, malgré la pluralité des propriétaires, justement aucune partition de la chose[29]. Il résulte de cette obligation de partager l'usage et la jouissance des biens communs avec autrui une certaine déperdition de la valeur du droit de chacun, mais cette perte n'est pas aisée à chiffrer. Il est certain qu'à cause de la limite que lui impose le droit d'autrui, chaque indivisaire subit, dans l'attente du partage, une sorte d'amoindrissement de la valeur de son droit. Ainsi, quoique portant sur le tout des biens indivis, ce droit ne semble pas valoir ce tout. Cette distorsion entre valeur du point de vue du propriétaire et valeur au regard du bien approprié peut

[27] F. Terré et Y. Lequette, coll. précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°703, p. 586: "Il y a indivision lorsque plusieurs droits de nature identique s'exercent sur un même objet sans division *matérielle* des parts" ; nous soulignons ce qui sous-entend qu'il y a division *idéale* ; M. Planiol, 3ème éd., Paris, 1904, t.1, n°2497, p. 798: "On doit se représenter le droit de chaque copropriétaire comme frappant chaque molécule de la chose et y rencontrant le droit de ses copropriétaires *pour la quotité qui appartient à ceux-ci*." Nous soulignons.

[28] Paul (21 *ad ed.*), *Dig*. 50. 16 [*de v.s.*]. 25. 1. (J. Gaudemet, 504 : "Paul rapporte une controverse qui séparait déjà Q. Mucius Scaevola et Servius sur le sens du mot *pars*.") Scaevola entend "pars res pro *indiviso*", Servius, "pars res pro *diviso*". Paul (1 *ad Sab*), *Dig.* 30. 1 [*de legatis et fideicommissis*]. 5. 1 : "Servi electione [1] legata semel dumtaxat optare possumus. Labéo ait, cum certa res aut persona lagatur ita : "erit cum moriar, hers dato" et communis sit, totum deberi. Trebatius vero respondisse partem deberi [2] Cassius scripsit, quod et verius est. Cum fundus communis legatus sit non adiecta portione, sed "meum" nominaverit, portionem deberi constat." (Cf. J. Gaudemet, *op. cit.,* p. 504.)

[29] *D.* 13, 6, 5, 15, Celsus fils, *nec quemquam partis corporis dominium esse non posse*.

expliquer une certaine forme de distinction de la partie et du tout. Mais il était crucial de préciser que l'évaluation, au stade de l'indivision, des droits de l'indivisaire, est parfaitement alléatoire. Le partage entre héritiers est régi, contrairement à celui qui a lieu entre créanciers, mais conformément à celui entre associés[30], par une quote-part, prédéterminée dans sa quotité, mais dont la quantité qui y correspond est incertaine. Il reste que partage entre héritiers et partage entre créanciers sont soumis à l'idéal suprême d'égalité qui transcende cette opposition.

Malgré les efforts faits en doctrine pour y changer quelque chose, l'on ne cesse de penser l'indivision dans la perspective du partage. Il y a même, en réalité, une omniprésence du partage à l'indivision.

## Section 2
## Le pouvoir sur les biens indivis

De la situation faite à la propriété pendant l'indivision découle la portée que l'on reconnaît aux actes accomplis avant le partage sur un bien commun. Et de cela dépend le crédit des indivisaires.

[30] Ainsi qu'entre créanciers du failli. Dans la procédure collective, les créanciers ressemblent à des héritiers (cf. jadis la mise à mort réelle ou simplement civile du débiteur), à cause de la répartition de la somme, insuffisante pour combler tout le monde, au *prorata* des droits de chacun.

## § 1
## *Gestion des biens communs pendant l’indivision*

**253.** IDEES FAUSSES. — Traiter du pouvoir de l’indivisaire, c’est aborder la question de la portée que les actes susceptibles d’être accomplis par lui avant le partage auront *pendant la phase* d’indivision (et au-delà). Que le partage soit inhérent à l’indivision ne veut pas dire que le droit soit impuissant à régir cette phase[31]. L’indivision, au contraire, est un état, certes exceptionnel, mais néanmoins *institué*. Plus fondamentalement, le fait qu’une situation soit de nature exceptionnelle au regard des principes rigoureux du droit ne signifie pas qu’elle soit absolument inorganisable. Car le droit est fait de nombreuses anormalités[32]. En outre, c’est une vision déformée de la conception classique qui a fait croire que l’indivision était destinée à être rétroactivement effacée[33]. La précarité est même devenue l’aspect le plus connu de l’indivision selon la conception classique. Une phase d’attente, dans laquelle rien ne vaut d’être fait, puisque tout serait voué à l’effacement.

**254.** ANALYSE. L’ACTE AU REGARD DE L’ACTEUR ISOLEMENT PRIS. — Si l’on prend le cas d’un acte, n’importe lequel, passé, durant la période d’indivision, de son

[31] Nous parlons de droit naturel, non des régimes légaux et conventionnels de « gestion » de l’indivision qui résultent du droit positif. V. *supra* n°294.
[32] Pensons à la succession déshérente, par exemple, qui fait qu’en l’absence de tout successeur des biens sont tout de même considérés comme des biens appropriés, et les débiteurs tenus de payer alors qu’il n’y a plus de créancier du tout.
[33] Par exemple, P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°241, pp. 190-191 : “En outre, *le partage* était un acte déclaratif auquel était attaché un effet rétroactif par lequel il *effaçait complètement la période d’indivision qui l’avait précédé*.” Nous soulignons. Suit la citation de l’article 883, puis, p. 191, “Ainsi l’indivision héréditaire était *une situation* temporaire et *précaire, destinée à être effacée et oubliée lorsque le partage l’aurait rétroactivement détruite*.” Et ils terminent, n° 241, par l’idée que la loi de 1976 a dû atténuer l’effet déclaratif du partage, avec renvoi, en note, au mandat et à l’autorisation judiciaire (note 190 renvoi au n°810 et s. qui traite de l’al. 3 art. 883).

propre chef, par l'un des indivisaires, il nous semble que dans le cadre d'une analyse classique les choses doivent s'envisager par étapes. La situation est susceptible d'être appréhendée alternativement sous deux points de vue, sachant que pris isolément ils seront partiellement faux, car ils sont amenés au contraire à coexister simultanément jusqu'au partage. La validité d'un acte s'apprécie donc du point de vue égoïste de chaque indivisaire[34]. Si dans la première phase du raisonnement c'est l'acteur que l'on considére en tant que propriétaire, abstraction faite des droits des autres, l'acte, quel qu'il soit, n'est point nul[35]. En effet, par principe en situation d'indivision chacun des indivisaires est propriétaire. Lorsqu'un indivisaire vend l'immeuble commun, lorsqu'il l'hypothèque afin de garantir ses engagements ou ceux d'autrui (caution hypothécaire)[36], lorsqu'il consent dessus une servitude de passage, lorsqu'il le donne à bail[37], le donne[38], le lègue[39] ou même le revendique, lorsqu'il interrompt

[34] Cf. P. Jourdain, « Les actes de disposition sur la chose indivise » (Condition juridique des actes irréguliers pendant l'indivision), *Rtd civ.* 1987, p. 498, qui commence son article avec une analyse qu'il abandonne malheureusement très vite. Il remarque que « ces actes (ceux relatifs à un bien indivis) paraissent se situer à la frontière de deux catégories d'actes ; ceux passés, d'une part, par le propriétaire du bien qu'ils concernent, et ceux relatifs, d'autre part, à une chose n'appartenant pas à leur auteur. » En vérité ces actes ne sont pas à la frontière des deux, ils sont dans les deux, alternativement, selon le point du vue duquel on les considère.
[35] Civ. 1re, 4 juill. 1984, Sérange c/ Dame Nony, ép. Gilbert, *D.* 1985.214, note AB ; Civ. 1re, 7 juill. 1987.
[36] L'hypothèque est d'un intérêt crucial, à cause du droit de suite qu'elle donne en cas de vente du bien et du droit de préférence qu'elle accorde en cas d'adjudication ; elle renvoi en outre à la situation des créanciers. V. A. Wahl, « Du sort des hypothèques consenties pendant l'indivision vis-à-vis des héritiers créanciers de rapports », *Rtd civ.* 1906, pp. 763-812 ; J. Van Biervliet, « De la constitution d'hypothèque sur un immeuble indivis », *Rev. prat. dr. not. belge*, 1909 ; S. Grosjean, « Le sort des inscriptions hypothécaires sur les immeubles appartenant concurremment au débiteur en redressement judiciaire et à d'autres personnes », *Defrénois* 1998, 36891, pp.1345-1359.
[37] Applications : Civ. 3ème, 12 janv. 1978, affaire Luneau, *Bull. civ.* III, n° 36 ;Civ. 1re, 27 oct. 1992, affaire Deschamps, *Bull. civ.* I, n° 264, *Rtd civ.* 1993.614, obs. F. Zénati.
[38] Applications : Civ. 1re, 4 juill. 1984, précité ; Civ. 1re, 11 déc. 1984, affaire Reussner, *Bull. civ.* 1, n°331.
[39] Civ. 1re, 11 déc. 1984, *Bull. civ.* 1, n° 331 ; un cas de legs : Civ. 1re, 2 juin 1987, affaire Kiéné, *Bull. civ.* I, n° 181, R. p. 149, *D.* 1988.137, note Breton.

le cours d'une prescription acquisitive, etc., son acte sera valide[40]. Il l'est, effectivement, de son point de vue, puisqu'il émane du plein et entier propriétaire de la masse indivise, laquelle comprend le bien en cause[41]. Pris en tant que propriétaire l'indivisaire a agi sur sa propre chose. A ce stade de l'analyse il n'y a encore rien de bien pertinent à dire, si ce n'est que le pouvoir de l'indivisaire pris en tant que propriétaire est celui de tout propriétaire ordinaire[42]. Celui qui a consenti ne peut plus se dédire face au tiers.

**255.** L'ACTE AU REGARD DE L'INDIVISAIRE INACTIF ISOLEMENT PRIS. — Mais lorsque l'on regarde le même acte, du point de vue d'un indivisaire qui n'y aurait pas consenti, en tenant celui-ci pour le seul propriétaire du bien, l'acteur étant pris cette fois-ci en tant que non-propriétaire, l'acte a été commis sur le bien d'autrui. Dès lors il n'est que d'appliquer le droit commun qui distingue en ce cas les actes conservatoires des actes d'administration et de disposition. Les actes

[40] Le Code civil, pour traiter du pouvoir en cas de convention d'indivision, renvoi à la liste des différents actes que l'époux commun en biens ne peut parfaitement accomplir sans le consentement de son conjoint (l'idée d'un voisinage des deux matières repose sur une confusion dont nous avons parlé). Ce sont, dans l'ordre : les actes d'aliénation, à titre gratuit, 1° entre vifs, art. 1422 (les libéralités), 2° à cause de mort, art. 1423, 3° à titre onéreux (art. 1424), 4° les baux, art. 1425.

[41] L'ancien art. 2130 C. civ. (abrogé par Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006) prohibait l'hypothèque de biens à venir, l'immeuble indivis hypothéqué n'est pas dans ce cas, son hypothèque est donc valable. Pour un cas où l'hypothèque n'avait pas à être réitérée, Civ. 3ème, 21 oct. 1980, affaire Margot, *Bull. civ.* III, n° 160, *JCP* éd.N 1981.2.57, note Stemmer, *Rtd civ* 1984.348, obs. Patarin. Même prohibitions (de biens à venir) concernant les dons – C. civ., art.943 – et les legs – C. civ., art. 1021 -, également inapplicables aux dons (Civ. 1re, 11 déc. 1984, précité). L'indivisaire est propriétaire, et C. Demolombe se trompe lorsqu'il écrit que l'héritier est « considéré comme propriétaire sous une condition suspensive de ceux des biens de la masse héréditaire, qui seront compris dans son lot » : 3ème éd., Paris, 1867, t.5 (vol.17), n°258, pp.285 et s.

[42] Les seules restrictions qu'éventuellement il subit sont celles qui le frapperaient de toutes façons, indépendamment de sa position d'indivisaire. S'il est mineur émancipé, par exemple, ou interdit, certains actes requièrent l'assistance d'autrui. De même, si l'intéressé est représenté par un tuteur, certains actes graves peuvent nécessiter l'autorisation du juge des tutelles. Tout cela ne représente rien de spécifique à notre institution.

conservatoires sur la chose d'autrui sont valables, opposables et respectables par le propriétaire[43]. L'indivisaire inactif serait forcé de considérer l'acte conservatoire d'autrui sur ses biens à lui comme valable. En revanche, l'acte de disposition et l'acte d'administration ne sont pas valables, comme accomplis sur le bien d'autrui. *Au regard du non propriétaire*, l'acte est nul[44]. La vente de l'immeuble indivis sera regardée par celui qui n'y a pas consenti comme nulle (art. 1599 C. civ.). Il en irait de même d'une hypothèque[45], d'un don ou d'un leg (1021 C. civ.), d'une servitude consentie et d'un bail[46].

**256.** **SYNTHESE. L'ACTE PRIS DANS LA CONTRADICTION DE L'INDIVISION. —** Lorsque l'on dit que l'opération est valide (qu'elle n'est pas nulle), mais inopposable à l'indivisaire non consentant[47], c'est que l'on se place du point de vue de l'indivisaire qui a administré ou disposé du bien, tout en tenant compte du fait que sa propriété est limitée par l'indivision. Il est certain que l'acteur ne peut

[43] L'explication peut tenir à la représentation, mais elle peut aussi se fonder autrement (v. *infra* note 59 sous n°258). Exemple d'acte conservatoire : l'action en revendication d'une servitude de passage au bénéfice d'un fonds indivis (Civ. 3[ème], 4 déc. 1991, arrêt de rejet d'un pourvoi contre Fort-de-France, 18 avril 1986, D. 1992.IR.11).

[44] « La vente d'un bien indivis par un seul indivisaire est nulle en ce qui concerne la part des autres co-indivisaires mais valable pour sa propre part » (Civ. 1[re], 29 juin 1961, Bourriquet c/ Lepeltier-Lebeau, *Bull. civ.* I, n° 171, p. 152).

[45] Civ. 1[re], 26 oct. 1976, affaire Ganet, *Bull. civ.* I, n° 307, et un arrêt plus ancien d'après la temporalité vulgaire, Req., 16 avr. 1888, affaire Couralet, *D.P. 88.1.249*, *S.* 88.1.216, n° 248 des Grands arrêts de la jurisprudence civile.

[46] Contrairement à cette logique, la loi de 1976 a introduit dans le droit de l'indivision des dispositions issues des régimes matrimoniaux (l'alinéa 1[er] de l'art. 815-5 C. civ est une copie de l'al. 1[er] art. 217 et l'al. 3[ème] de 815-5 une copie de 217 al.2). Mais l'effet produit n'est pas le même ici et là. En matière d'indivision la combinaison des deux dispositions peut aboutir à passer outre la volonté d'un propriétaire, lorsque le bien objet de l'acte échoit lors du partage à l'indivisaire non consentant. La Cour de cassation a eu l'occasion de dire que l'art. 815-5 alinéa 1[er] du Code civil ne réalise pas un partage puisque le prix de vente se substitue dans l'indivision au bien vendu » ; application sans surprise des thèses personnalistes (arrêt Hennessy et Mortemart, Civ. 1[re], 3 déc. 1996, *Bull. civ. I*, n° 430 ; *JCP* 1998.I.133, n° 2, obs. Le Guidec ; *Defrénois* 1997.409, obs. Grimaldi).

[47] V. Civ. 1[re], 4 juill. 1984, *D.* 1985.214 ; Civ. 1[re], 7 juill. 1987, aff. Chabarot (l'arrêt attaqué et cassé avait déclaré la « vente nulle comme portant sur la chose d'autrui »), *JCP* 1988.II.20999, note Jourdain, *Rtd civ* 1989, 582, obs. Zénati ; Civ. 1[re], 27 oct. 1992, affaire Deschamps, précité.

céder plus de droits qu'il n'en a lui-même[48]. Il peut céder sa propriété, mais il ne peut la céder autrement qu'elle est, limitée par l'indivision. Et d'ailleurs, l'on pourrait discuter, à ce sujet, du point de savoir dans quelle mesure, si l'acte est nul au regard de celui qui n'y a pas consenti, celui-ci n'est pas tenu, au titre du respect qu'il doit à la propriété de son coïndivisaire, de respecter aussi les actes de ce dernier, c'est-à-dire d'en respecter les ayants droit[49]. L'inopposabilité de l'acte signifierait alors que les ayants droit sont tenus indiscutablement de respecter l'indivision, exactement comme leur auteur. Mais l'indivisaire non consentant devrait néanmoins respecter les ayants droit de son coïndivisaire comme il respecte le droit de celui-ci sur les biens indivis. La relativisation du caractère exclusif de la propriété, jusqu'au partage, entre indivisaires, profiterait

[48] Cf. Dig. 30. 1 [De legatis et fideicommissis]. 5 (Paul, 1 *ad Sabinum*) : « Servi electione (1) *legata semel dumtaxat optare possum. Labeo ait, cum certa res aut persona lagatur ita: 'qui meus 'erit cum moriar, heres dato' et communis sit, totum deberi. Trebatium vero repondisse partem deberi* (2) Cassius scripsit, quod et verius est Cum fundus communis legatus sit non adiecta portione, sed 'meum' nominaverit, portionem deberi constat. » Trad. Hulot : « Lorsqu'un testateur a légué un esclave à choisir entre plusieurs, le légataire ne peut faire ce choix qu'une fois. (1) Labéon est d'avis que lorsqu'un testateur lègue une certaine chose ou un certain esclave sous cette désignation, 'qui sera trouvé m'appartenir au jour de mon décès', cette chose ou cet esclave doit être fourni en entier au légataire, quoique le testateur n'en eût qu'une portion. Cassius rapporte que Trébatius a décidé dans ce cas qu'on ne devait fournir au légataire que la portion appartenante au testateur : ce qui est plus vrai. (2) Si un testateur lègue un fonds qui lui est commun avec un autre, sans dire qu'il lègue la portion qui lui appartient dans ce fonds, mais seulement en ces termes, je lègue tel fonds qui m'appartient, il est certain qu'on ne doit au légataire que la portion qui appartenait au testateur. »

[49] En ce sens D. 8.3.11 : « Celsus lib. 27 Digestorum. Per fundum qui plurium est, jus mihi esse eundi agendi potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant : et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos qui antea cesserunt, vetari uti cesso jure non posse ». Trad. Hulot : « Si le fonds est commun à plusieurs, chaque propriétaire peut m'accorder séparément le droit de sentier et de passage. Ainsi, suivant la rigueur des principes, la servitude ne pourra m'être acquise qu'après qu'elle m'aura été accordée par tous les propriétaires, et il n'y a que la dernière cession qui puisse confirmer toutes les autres. Cependant on peut répondre plus favorablement, que même avant cette dernière cession, les propriétaires qui auront déjà accordé le droit, n'en pourront empêcher l'usage. »

également, toujours pendant l'indivision, à leurs ayants droit[50]. L'indivisaire acteur est propriétaire comme un autre des biens indivis[51].

A cet égard, les actes qui désignent, pour le tout ou pour partie, un bien indivis *ut singuli*, se traduisent donc par l'entrée du tiers dans l'indivision, du chef de l'indivisaire acteur. Mais il est certain que la date à laquelle le tiers acquiert son titre ne remonte pas, comme celle de tout héritier, au jour de l'ouverture de la succession. Nous retrouvons ici la condamnation de la cession de droits successifs[52]. Les ayants droit de l'indivisaire ne sont pas les ayants cause du défunt. Le tiers est acquéreur *à titre particulier,* à la date de l'acte.

Par conséquent, pour que son droit soit confirmé, il faut que l'assiette de son droit tombe au lot de son auteur, et alors la phase durant laquelle son auteur a été propriétaire en indivision ne s'efface pas. Si le bien ne tombe pas au lot de son auteur, toute la période durant laquelle celui-ci aura été propriétaire s'efface, et l'acte est invalidé. Or, le bien est immergé dans la masse partageable, et peut, en échappant à l'indivisaire disposant, soustraire au tiers l'assiette de son droit.

[50] Le cessionnaire entre ainsi dans l'indivision. Mais il n'y pénètre pas par la même porte que l'héritier. Il n'est pas le successeur du défunt. Par conséquent la cession des dettes n'est pas entraînée par la cession de part. Une convention qui aurait cet objet serait soumise à l'effet relatif des conventions et inopposable au créancier du défunt.
[51] Cf. *supra* n°245.
[52] Cf. H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, n°1764, p.888 ; Civ. 23 avr. 1918, aff. Vadon, *D.* 1920. 1. 99, *S.* 1922. 1. 10 ; Civ. 16 janv. 1827, aff. Janson de Sailly. La cession de part n'a pas pour objet une partie des biens indivis, mais leur totalité, en l'état. La question la plus difficile est celle de l'ayant droit qui serait héritier. A suivre la logique des cessions de droits successifs, lorsque les droits sont entrés dans le patrimoine du cédant, l'analyse valable pour l'étranger devrait valoir aussi pour l'indivisaire. V. affaire Bernigaud, Civ., 11 janv. 1909, DP 1909.1.81, note M. Planiol ; affaire Admin. de l'enregistrement c/ cts Dujardin, Civ., 2 févr. 1915, *DP* 1920. 1. 99 ; affaire v. Receveur de l'enregistrement de Karikal, Civ., 20 mai 1946, *JCP* 47. 2. 3402 ; aff. Rigolet, Req., 28 mars 1903, *D.* 1903.1.326 ; aff. Ragneau, Req., 8 nov. 1910, *S.* 1912. 1. 47.

Le sort de ces actes est donc clairement soumis au partage, et, en attendant, suspendu à son aléa. L'ayant droit est donc soumis au partage comme son auteur. En somme, du point de vue de l'acteur, le droit du tiers ayant droit est valable, mais ni plus ni moins efficace que le droit de son auteur. En particulier il est aussi aléatoire que lui[53]. Tout dépendra du partage et de l'indivisaire au lot duquel le bien tombera[54]. L'essentiel de l'indivision tient dans le partage. Tout doit y être rapporté et c'est de là que tout doit partir[55].

**257.** IMPOSSIBILITE DE TOUTE ANTICIPATION SUR LE PARTAGE. — Mais seul le partage dira qui, des héritiers, est le propriétaire définitif du bien. Nous avons vu que durant l'indivision l'on ne peut en aucune manière asseoir la part des indivisaires. Ce n'est pas parce que la quote-part d'un indivisaire est, au regard de celles des autres, infime, que son opposition vaudra moins que leur acquiescement, ou qu'inversement son consentement devrait être moins respectable. Dire que les actes et les droits s'envisagent "pour la part" de l'un ou de l'autre signifie que l'on se place du point de vue de telle ou telle personne. A cet égard il n'y a pas de part infime. Avant le partage chaque propriétaire gère

[53] Cela peut entrer en considération pour évaluer le prix de la cession.
[54] La cour de cassation a jugé que dans le cas de la vente d'un bien indivis qui n'a pas eu lieu à l'unanimité, la théorie du partage du prix représentatif du bien (qu'au demeurant nous critiquons) est inapplicable. C'est le bien en nature qui figure dans la masse partageable (Civ. 1re, 9 mai 1978, affaire Consorts Brisset, JCP 1979.2.19257, note Dagot). Tout dépend du partage. V. aussi Civ. 1re, 11 déc. 1984, *Bull. civ.* 1, n° 331 ; un cas de legs, Civ. 1re, 2 juin 1987, affaire Kiéné, précité, et Req., 16 avr. 1888, affaire Couralet.
[55] Cf. F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, n°251, p. 264 (« La compréhension des mécanismes de l'indivision est impossible sans celle des principes du partage car l'indivision est une situation conçue en fonction du partage ») et n°293, p. 299 (« La théorie de l'indivision est indissociablement liée à celle du partage en raison du principe même de l'effet déclaratif qui fait dépendre du partage le sort des actes accomplis au cours de l'indivision. »)

l'indivision pour sa part. C'est pourquoi l'on dit très bien que pendant l'indivision l'opposition d'un seul suffit à paralyser la volonté de tous. Cela est juste, car il suffit qu'un seul n'ait pas consenti à l'acte pour que le sort de cet acte soit suspendu à l'aléa du partage[56]. C'est donc à tort qu'une partie de la doctrine classique conçoit que l'acte reste valable, quand bien même, pour la part de l'indivisaire disposant (*pro parte*)[57]. Notons que c'est ce type d'acte que la théorie germaniste conçoit comme ayant eu lieu du chef de l'indivision.

**258.** LES ACTES *UT UNIVERSI*. — Que l'objet de l'acte soit *ut universi* plutôt qu'*ut singuli* ne change rien à cette analyse. L'administration ou la disposition de l'indivision *ut universi* peut d'abord se comprendre comme une façon, pour l'indivisaire, de désigner tout ou partie de sa part. L'assiette du droit du bénéficiaire se concrétisera, par conséquent, lors du partage, avec la part de son auteur. Mais si l'on pense que l'acte vise plutôt l'ensemble des biens en indivision, cela est plus délicat, car à cause des distorsions entre masse indivise et masse partageable le lot du disposant peut s'avérer ne pas contenir, ou

[56] Nous verrons avec le partage (*infra* n°326 et s.) qu'il suffit que le bien tombe précisément au lot de celui qui n'a pas donné son accord pour que l'acte ne vaille rien. La réforme du 23 juin 2006 (nouvel art. 815-3) ne change quasiment rien du système antérieur, puisqu'elle ne vise pas les actes de disposition ayant les immeubles pour objet (v. *supra* note 92 sous n°15). Dans le cas contraire, l'on serait devant une hypothèse déjà connue avec l'autorisation judiciaire (art. 815-5 al. 1 et 2) et l'adjudication avant partage sur les poursuites d'un créancier (art. 815-17 al.1). De deux choses l'une : soit le bien aliéné n'est pas attribué à un indivisaire du chef duquel a eu lieu l'acte, mais à un non consentant, et c'est que l'on fait fi de sa volonté, soit au contraire le bien tombe nécessairement au lot d'un indivisaire du chef duquel l'acte est valable, mais alors cela signifie que cet acte contenait une anticipation sur le partage. Nous suivrons le fil de cette problématique.

[57] Cela peut signifier deux choses : 1° que l'acte reste valable entre l'acteur et le tiers, et que le tiers a donc un recours contre l'indivisaire auquel le bien a échappé, 2° que l'acte reste, après le partage, opposable à l'indivisaire non consentant, comme on croit qu'il l'est pendant l'indivision, dans la proportion de la quote-part idéale de l'acteur, et en ce cas c'est l'indivisaire à qui le bien est échu qui a un recours contre son copartageant. Mais ce sont des questions qui font plus spécifiquement l'objet de nos développements ultérieurs, relatifs au partage.

seulement une partie, de biens indivis. Il n'est pas possible pour un indivisaire de disposer d'une partie des biens indivis de telle sorte que, pour que l'ayant droit en ait le bénéfice, il faudrait que ceux-ci tombent à tout prix dans son lot. Mais l'on conçoit que l'indivisaire puisse, aux risques du tiers, entendre désigner la partie de son lot qui consisterait dans des biens indivis. L'acte *ut universi*, en ce cas, est une variante de l'acte *ut singuli*. Toujours est-il que les actes *ut universi* se traduisent, comme les actes *ut singuli*, par l'entrée, à compter de l'acte et jusqu'au partage, d'un étranger dans l'indivision[58]. Il semble que ce soient eux que la théorie germaniste désigne comme ne portant que sur la quote-part de l'indivisaire[59].

**259.** EFFET DE L'UNANIMITE. — Ce que l'on cherche à exprimer, par-delà une soi-disant exigence d'unanimité dont dépendrait la validité des actes les plus graves, c'est le fait qu'en un tel cas, plus aucun indivisaire ne pourra, sans revenir sur sa propre parole, soulever l'inopposabilité à son égard d'un acte passé par un non propriétaire. Le consentement de tous garantit, avant même le partage, la validité

[58] Comp. lorsque l'ayant droit est un indivisaire, *infra* n°344 et 667 texte et note finale.

[59] Dans une version plus dure de l'analyse, il y aurait une manière d'expliquer le fameux *jus prohibendi* (D. 10. 3. Comm. divid. 28: "in pari causa melior est causa prohibentis") par la possibilité, pour chacun, de commettre des actes conservatoires qui soient valables pour tous. En effet, l'inaction des indivisaires non consentant pourrait encore permettre à la prescription d'opérer à leur encontre (art. 2279 et 2280 C. civ). Notons qu'en ce cas l'acte sera définitivement valide mais restera accompli du chef d'un seul. Mais la validité universelle des actes conservatoires permet à l'indivisaire qui n'a pas consenti à l'acte d'agir, au possessoire, afin d'interrompre le cours de la prescription acquisitive. Ainsi, entre l'indivisaire acteur, aux yeux duquel son propre acte d'administration ou de disposition est valable, et celui aux yeux duquel un tel acte est nul, c'est le second qui l'emporte, car le premier devra respecter et tenir compte des actes conservatoires du second. Ce sont les indivisaires non consentants, et eux seulement, et parmi eux les partisans du *statu quo* qui peuvent faire obstacle durant l'indivision à l'exécution d'un acte qui leur est inopposable.

ultérieure de l'acte, tout comme elle assure qu'aucun indivisaire ne fera plus, durant l'indivision, obstacle à son exécution. C'est pourquoi l'unanimité est tant recherchée[60].

**260. L'ACTE EN REPRESENTATION DE L'INDIVISAIRE INACTIF ET L'AUTORISATION JUDICIAIRE. —** L'une des façons de valider l'acte commis par un indivisaire, au regard d'un autre qui n'agit pas, c'est d'y voir un acte accompli précisément dans l'intérêt et pour le compte de l'inactif. Cette hypothèse conduit donc tout naturellement à renverser la perspective, et à tenir l'indivisaire inactif à la fois pour propriétaire du bien et pour auteur de l'acte. Quant à l'acteur, il se prononcerait simultanément, en tant que propriétaire, pour lui-même, et, en tant qu'étranger sans droit, pour autrui. Il suffit de prétendre que l'indivisaire acteur agit en représentation du propriétaire, en vertu d'un mandat tacite ou selon les règles de la gestion d'affaire. Il reste que les actes de disposition doivent normalement faire l'objet d'un mandat exprès. C'est donc ici que l'on a, en droit

[60] L'analyse qui précède, pour simple qu'elle soit, nous semble loin d'être répandue dans les esprits. Mais la loi du 23 juin 2006 a été, sur ce point, conforme à ce qui nous avons dit au texte (v. art.2414, al. 2 et 3). V. un cas d'unanimité, Com., 19 déc. 2000, *Bull. civ.* IV, n°202, p.176, *Defrénois* 2001, 37390, p.943, note P. Théry. Cf., au sujet de la loi du 31 décembre 1910, qui décidait que l'hypothèque consentie à l'unanimité était valable quel que soit le résultat du partage (ancien art. 2125, actuel art.2414), P. Raynaud, *op. cit.*, n°250, p.197 ; L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit* civil publié d'après le *Cours élémentaire de Droit civil* d'Ambroise Colin et Henry Capitant, coll. Précis Dalloz, 9ème éd., Paris : Dalloz, 1950, t.2, n°1183, p.607 ; H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°1752, p.884. Il ne faut pas confondre l'hypothèque consentie par un seul, dont la validité dépend du sort de l'immeuble, donc de sa vente, et l'hypothèque consentie à l'unanimité, qui vaut quel que soit le sort de l'immeuble. Hypothèque consentie à l'unanimité : affaire Jourde, Civ., 12 janv. 1909 (*D.* 1910. 1. 33, note de Loynes ; *S.* 1909. 1. 361, note A.Wahl).

positif, introduit le procédé de l'autorisation judiciaire[61]. Mais en ce cas il est contestable que l'indivisaire ait consenti à l'acte, puisqu'en réalité il s'y oppose. Cela signifie que de manière absolument exorbitante du droit commun l'on se passe du consentement du propriétaire. En réalité c'est une expropriation forcée. L'idée que les décisions seraient prises à la majorité, quel que soit le *quorum* requis, aboutissent au même, puisque les indivisiaires minoritaires se verraient imposer des actes auxquels ils n'ont pas consenti.

**261.** L'UNANIMITE N'EST PAS UN CAS SPECIFIQUE. — Mais de toute manière, unanimité ou pas, l'analyse reste la même. En cas d'unanimité l'opération consiste en autant d'actes différents qu'il y a d'héritiers indivisaires. Ces actes doivent toujours s'apprécier séparément, chacun indépendamment des autres. Entre deux indivisaires, l'acte de l'un a été accompli autant sur son bien que sur celui de l'autre. L'unanimité, en toute rigueur, ne nous dispense pas de considérer que seul le partage final dira qui est vraiment et définitivement, en

[61] C. civ., art. 815-5. Ce procédé provient originairement d'un contexte qui n'a rien de commun avec l'indivision. Il s'agit de cas où celui, propriétaire ou non, qui dispose du pouvoir pour agir, a besoin, pour l'efficacité absolue ou relative de ses actes, de l'autorisation d'autrui. Il s'agit d'un complément ou, conformément à l'étymon *auctoritas* du mot autorisation, d'un *augment* de pouvoir. L'autorisation judiciaire, en matière matrimoniale, ne peut être accordée pour passer outre le refus d'un époux qui dispose de la *potestas* (pouvoir… d'administrer et de disposer), mais uniquement celui d'un époux chargé de l'*auctoritas* (v. notre *Corpus separatum*, mémoire de DEA à l'EHESS Paris, 1999) ; or, en matière d'indivision, le « consentement » en cause ne relève pas de *l'auctoritas* et la disposition de l'art. 815-5 passe outre le refus d'un indivisaire (propriétaire !) qui dispose pourtant, pour sa part, de la *potestas*. C'est une atteinte à la *potestas* attachée au droit de propriété (C. civ., art. 545 ; v. aussi la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que la Déclaration universelle des droits de l'homme).L'on raisonne peut-être comme si les indivisaires étaient en somme des co-tuteurs (ou les co-dirigeants d'une personne morale, société ou association). Un tel régime appliqué aux biens indivis soulève la question de la nature de la masse indivise (en ce sens, P. Raynaud, *op. cit*, n°247, p. 195).

tout ou même en partie, le propriétaire du bien au regard duquel il faut apprécier l'acte accompli. Le partage seul dira qui est l'auteur de l'acte.

**262.** VENTE DU BIEN INDIVIS ET SORT DE LA CREANCE DE PRIX. — Ce dernier point est absolument fondamental pour dénouer la question des ventes accomplies à l'unanimité, de même que pour comprendre le régime des licitations qui ont lieu pendant l'indivision ou préalablement au partage. Le partage, en déterminant le propriétaire final de l'immeuble, dira qui doit être considéré comme le créancier du prix de vente. Le tiers acquéreur, par conséquent, ne sait pas, avant le partage, qui est son créancier. Il ne peut payer personne pendant l'indivision, sans courir le risque de se voir réclamer la même somme par le créancier réel après le partage, et devoir agir en répétition de l'indû contre le premier *accipiens*. En dehors des cas où la licitation est une opération préalable du partage, le plus juste est de provoquer le partage. Fixer une répartition de la créance de prix qui s'imposerait définitivement aux indivisaires, c'est anticiper sur le partage[62] au risque de briser l'égalité des héritiers.

## § 2
## *Le passif des indivisaires. Le conflit des créanciers personnels et successoraux selon l'analyse classique*

Nous pouvons maintenant reprendre la question du conflit des créanciers personnels et successoraux[63]. Mais désormais s'impose une distinction entre les

[62] Bien comprendre cette opération nécessite d'avoir vu le rapport en valeur, opération du partage.
[63] Vu du point de vue de la théorie germaniste *supra* n°210 à 228.

solutions que dicte, selon nous, l'analyse classique, et ce qui s'est décidé en droit positif.

Avant de reparler du cas du créancier successoral nous allons préciser l'analyse valable pour le créancier personnel.

### A) Le créancier personnel

**263.** IMPOSSIBILITE DE LA SAISIE D'UN BIEN INDIVIS. — Le contexte d'indivision n'interdit pas fondamentalement de vendre un bien indivis, mais il rend la validité du titre de l'acquéreur aléatoire[64]. Et surtout il interdit de savoir qui sera créancier du prix, et pour combien. Nous avons vu plus haut que l'exécution forcée d'une obligation, dans l'hypothèse de la saisie d'un bien du débiteur, passe par l'étape de l'adjudication, qui est une vente, et que la créance de prix sert à payer le créancier poursuivant[65]. Par conséquent, en traitant du pouvoir de l'indivisaire de vendre un bien, nous avons déjà réglé la question de l'étendue de son crédit et de sa capacité à engager les biens indivis. Si le risque que court l'adjudicataire lui interdit de payer avant le partage, l'on comprend que, par répercussion, le créancier personnel de l'indivisaire ne puisse réaliser sa créance en saisissant et en provoquant la vente d'un bien indivis. En principe un bien indivis ne peut pas servir au paiement d'un créancier. Et si seul le partage peut dire qui sera créancier, et pour combien, de l'adjudicataire, à ce moment

[64] Le même raisonnement vaut pour la constitution d'hypothèque, par un indivisaire, au profit de son créancier personnel.
[65] *Supra* n°72.

seulement leurs créanciers personnels connaitront l'étendue de leur gage. Dans un cadre classique il est impensable qu'un bien serve au paiement de l'obligation de quiconque sans sortir au préalable, *serait-ce par anticipation*, de l'indivision.

**264.** **PRIORITE DU PARTAGE DE L'INDIVISION. —** C'est de la sorte que les règles relatives aux actes commis du chef d'un indivisaire sur les biens indivis peuvent concerner leurs créanciers. La solution, pour le créancier, comme pour l'indivisaire, c'est de provoquer le partage. Le premier pouvant y prétendre au titre du second, par l'action oblique[66]. Mais il est absolument normal, pour les créanciers des indivisaires, de se voir arrêtés par le fait que leur gage est en indivision. Le créancier d'un indivisaire n'a pas plus de droit que lui. Par conséquent, si l'on conçoit qu'un conflit s'instaure entre les indivisaires, dont les droits sur la masse sont en concurrence pour le partage de la masse indivise, ce conflit apparaît comme prioritaire et masque au regard les conflits que l'on peut concevoir entre le créancier personnel d'un indivisaire et le coïndivisaire de ce dernier, entre le créancier personnel de l'un et le créancier personnel d'un autre, ou entre les créanciers personnels d'un même indivisaire. Tout créancier d'un indivisaire voit son gage dépendre du conflit préalable de son débiteur avec son ou ses coïndivisaires. Autrement dit encore, le conflit entre indivisaires, chacun titulaires de quotes-parts sur la masse partageable, règle le sort des conflits de

[66] Sur l'ancien art. 2205 C. civ. et l'art. 815-17 depuis la loi de 1976, *supra* sous n°288. Cf. Civ., 30 mai 1877, affaire Gaillard, *D.* 1878.1.109, cassation de Lyon, 29 mai 1875, qui interdisait étrangement à un créancier de demander le partage, faute d'intérêt, sous prétexte que l'on pouvait préjuger du peu de droits qu'il aurait sur la masse partageable (comp., dans le sens de Lyon, Civ. 1re, 14 déc. 1983, affaire Médecin, *D.* 1984.310-313).

second plan. A cet égard l'indivision des biens contient un certain ordre des paiements.

**B) Le créancier successoral**

**265.** Le creancier successoral est personnellement creancier de chaque indivisaire. — En tant que les héritiers sont les débiteurs personnels du créancier successoral, celui-ci voit sa créance se diviser. Au lieu que du vivant de son débiteur originel le créancier successessoral n'avait qu'une seule personne à poursuivre, désormais, comme le nombre de personnes tenues envers lui s'est multiplié, il doit diviser ses poursuites. Il ne pourra poursuivre chacun de ses débiteurs qu'au prorata de la part que sa vocation successorale lui donne de la dette. Et le créancier du *de cujus* ne peut plus envisager son gage originaire du point de vue d'une seule et même personne (le *de cujus*), mais désormais alternativement du point de vue de chaque indivisaire. Il ne peut observer les biens successoraux que du point de vue de chacun des successeurs. Par conséquent, lorsque des biens successoraux sont en indivision, il ne peut l'ignorer. Dès l'ouverture de la succession et à cause de la pluralité des successeurs, une partie de son gage est entrée en indivision. Le créancier du *de cujus* se trouve exactement dans la situation du créancier personnel d'un indivisaire.

**266.** **IMPOSSIBILITE DE LA SAISIE D'UN BIEN INDIVIS. —** Il nous semble conforme à une analyse classique de considérer qu'au regard des biens indivis les créanciers successoraux ne forment pas une classe à part, mais entrent au contraire dans celle commune aux créanciers personnels de chaque héritier indivisaire. Autrement dit, le créancier du *de cujus* devrait suivre le régime de n'importe quel créancier personnel de l'indivisaire en cause, et être soumis aux mêmes contraintes. Sauf à bénéficier d'un droit de suite constitué du chef du *de cujus* (sous l'ancien droit l'on était coutumier du fait), relativement aux biens indivis le créancier successoral voit son gage comme gelé par son entrée en indivision. S'il entend être payé sur ceux des biens du défunt qui sont en indivision il doit demander le partage du chef de l'indivisaire qu'il poursuit. Les biens entrés dans la composition du lot de son débiteur, constitueront son gage et il pourra les faire saisir, les faire vendre et être payé sur le prix. En bonne doctrine à ce stade la catégorie de créancier successoral n'est pas pertinente[67].

**267.** **COHERENCE DE L'ORDRE SUCCESSORAL ET DE L'ORDRE DU PARTAGE. —** Le créancier successoral voit son gage se diviser en autant de portions qu'il y a d'héritiers. Il ne lui est pas permis d'atteindre les biens entrés au lot des héritiers

[67] Cf. en ce sens M. Grimaldi, 5ème éd., Paris : Litec, 1998, n°613, p. 567, ultime alinéa. « On voit donc l'objection qui peut être faite au créancier. Au décès du *de cujus*, ce sont les successeurs qui sont devenus ses débiteurs : l'indivision n'est pas une personne morale. Si donc il peut assurément réclamer à tel ou tel d'entre eux le paiement de la fraction de la dette dont chacun est tenu envers lui, et, en cas de refus, procéder à une mesure d'exécution, il ne saurait cependant saisir la part du successeur récalcitrant dans l'un des biens successoraux : il enfreindrait alors la règle qui interdit au créancier de saisir la part de son débiteur dans un bien indivis. Au fond, il lui serait défendu de saisir les droits du successeur dans tel bien successoral, tout comme il lui est interdit de saisir les droits personnels que celui-ci aurait dans n'importe quel autre bien indivis qu'il aurait acquis par ailleurs. »

autres que celui du chef duquel il a engagé ses poursuites. Et l'indivisaire poursuivi ne peut, sur son lot, être tenu au-delà de sa part de la dette du *de cujus*. Dans cette mesure, le conflit du créancier successoral avec les créanciers d'origine personnelle de l'indivisaire sera réglé comme nous l'avons vu au sujet des biens hors indivision. Sur le lot attribué à tel ou tel de ses débiteurs il est entendu qu'en tant que créancier successoral il peut primer, s'il est diligent, les créanciers personnels de l'héritier. En quelque sorte, nous avons discerné, à propos des biens hors indivision, une sorte de droit commun de la liquidation successorale que ne devrait pas infléchir, en bonne logique, le contexte d'indivision. Le problème du passif indivis est réglé par l'absence de personnalité juridique de l'indivision et par la condamnation de l'idée de patrimoine d'affectation. Il n'y a *a priori* aucune raison pour que cet ordre des choses nuise injustement au créancier successoral.

*Conclusion*

**268.** **Droit positif : le privilege exorbitant du creancier successoral de saisir et de prelever.** — Par l'effet d'analyses que nous nous efforcerons de comprendre, et de manière très controversée, l'on accorde à certains créanciers l'insigne privilège de saisir un bien indivis et de percevoir le paiement de son prix. Et dès lors qu'ils agissent de ce chef, les créanciers du défunt, en particulier, peuvent poursuivre n'importe quel héritier (quand bien même celui-ci

aurait acquitté sa part)[68], pour le tout de leur créance. En outre, ces créanciers ont un privilège qui outrepasse non seulement les droits des autres créanciers personnels des héritiers, mais qui est au surplus exorbitant des droits normaux d'un créancier, en ce qu'il peuvent se payer en prélevant un bien dans la masse[69]. Ces solutions peuvent se critiquer depuis le bon cadre d'analyse. Ce régime de faveur dont on accorde le bénéfice à certains créanciers viole en bien des cas les règles du droit commun. L'on institue un droit de préférence des uns sur les autres, l'on en destitue d'autres, *l'on introduit entre débiteurs une forme de solidarité qui n'aurait pas lieu d'être*.

**269.** LA PERSONNALITE FICTIVE DE L'INDIVISION. — Et si les règles que nous avons défendues sont conformes à la nature de l'indivision, qui n'a rien de l'être humain vivant, et qui, en vertu d'un ordonnancement qui exclut autant les notions de personne morale (de toute manière contestée ici, sauf par les partisans de la propriété collective, mais qui s'en font une idée qui relève autant de la dénaturation des notions de propriété que d'obligation ou de personne) que de patrimoine autonome, n'est pas non plus subsumable sous de tels qualificatifs, que dire sinon que l'indivision est une personne fictive ? Mais pour ce faire encore faut-il avoir démontré qu'il y a véritablement divergence du droit positif et du régime naturel spécifique de l'indivision successorale. Et pour cela,

[68] H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p.26.
[69] F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, note 1 sous n°800, p. 645, disent qu'il ne peut s'agir alors que d'argent. Mais nous en doutons. Il n'est guère moins paradoxal de permettre de prélever une somme que de permettre de prélever un bien.

puisque la situation d’indivision est inconcevable, que rien de ce qui en est pensé ne l’est autrement que dans la perspective de son issue, il faut aborder l’étude du partage.

# Chapitre 2
# Le partage

**270.** **Partage et indivision. —** La doctrine aujourd'hui dominante a trop tendance à se fier, pour définir la conception classique, aux critiques dirigées contre elle, depuis plus d'un siècle, par ses adversaires[1]. L'on a ainsi intégré l'idée que la conception classique se caractériserait dogmatiquement par une vision de la phase d'indivision comme celle d'une période néfaste, dont on se libére par le partage[2]. Il est vrai que le partage domine toute la matière, mais cela tient, nous semble-t-il, à ce qu'en période d'indivision la situation est exceptionnelle, et ne se conçoit que par une fiction. Il s'agit de faire comme si chaque indivisaire était isolé, alors qu'en réalité il ne l'est pas. Or, les indivisaires ne seront effectivement isolés que par le partage. Tel est le sens de la domination du partage sur l'indivision. C'est en comprenant comment l'on sort de l'indivision que l'on peut comprendre de quoi il est exactement question avec cette situation, et même, finalement, comment l'on y entre.

[1] Cf. la conception germaniste du partage *supra* n°199 à 209.
[2] Le partage, « pierre angulaire » de tout droit de l'indivision, selon l'expression de M. Dagot, « L'indivision » (commentaire de la loi du 31 déc. 1976), *JCP* 1977.I.2858, n°58.

**271.** CONTROVERSES. — Mais s'il avait fallu commencer par donner plus qu'une idée des difficultés de toute la matière, il nous aurait suffi d'évoquer les questions de la nature, des effets et du domaine du partage. Elles forment le cœur de la difficulté. Sur cette question, avouons-le, il y a de très bonnes raisons de douter. Que l'indivision ne soit naturellement pas une personne est largement déterminant, dans cette discussion, du fait que l'on puisse écarter les arguments qui se fondent, qu'on le veuille ou non, sur cette idée. Aussi est-ce une dispute ou une querelle essentiellement interne à la théorie classique qui a lieu maintenant.

**272.** LE RAPPORT DES BIENS. — Le partage est une opération complexe. Il y a un élément qui y est lié, qui s'y articule et s'y intègre naturellement, et il nous semble que c'est cet élément qui complique les choses. Il s'agit, lors de la constitution de la masse partageable, du rapport *en valeur* (par opposition au rapport en nature), que l'on dit aussi rapport *fictif* (par opposition au rapport réel). Nous tenons le rapport en valeur pour la clef de voûte de toute théorie du partage et, plus largement, de l'indivision. Mais selon la conception que nous défendons, c'est au partage en nature que le rapport doit être référé. Car si le rapport en valeur est présent dans tout partage, cela n'empêche que cette dernière opération se comprend mieux lorsque l'on a fait abstraction un temps de cet élément qui la complexifie. Et ensuite, d'avoir saisi au préalable le partage

proprement dit, le rapport s'explique tout naturellement. Car la compréhension du rapport en valeur est conditionnée par celle du partage.

**273.** **PLAN.** — Nous irons donc du simple au complexe en poursuivant notre propos avec le partage des biens présents dans la masse partageable *en nature*, et nous aborderons plus bas le rapport dont nous allons faire abstraction. Cela renvoi du même coup à plus tard les question du domaine du partage et de la composition de la masse partageable. Reste celles de la nature et des effets du partage. Et comme c'est en vertu de la qualification de l'opération qu'elle a les effets qu'on lui prête, nous prendrons les choses dans l'ordre.

## Section 1
## Conceptions classiques de la nature du partage

**274.** **DELIMITATION DE LA QUESTION.** — Le partage réalise certes la sortie de l'indivision. Pendant l'indivision un même bien a plusieurs propriétaires, ensuite du partage il n'en a plus qu'un. La question porte sur la façon dont cela se produit et sur la nature de l'opération[3].

**275.** **DEUX CONCEPTIONS CLASSIQUES.** — Sur ce point comme sur d'autres nous distinguerons deux compréhensions possibles des thèses classiques. L'une, qui nous paraît une déformation erronée des idées romaines, si ce n'est l'erreur de

[3] Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris : Vrin, 1997, V (principalement de 1129 b à 1132 b). Le partage juridique est-il acte de distribution (justice distributive, non) ou acte de commutation (justice commutative, oui) ? Sur l'application des deux catégories à propos de la question de la nature de l'échange, v. A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Rtd civ* 1984, p. 805.

certains Romains, regarde le partage comme de nature translative[4]. Mais ces mêmes idées romaines, transmises jusqu'à nous, permettent aussi, à la lumière des postulats que nous avons développés précédemment, de comprendre tout autrement le partage. Les deux théories s'accordent néanmoins sur les premières phases de l'opération et sur la manière dont la question se présente.

[4] Cf. J. Gaudemet, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, thèse Strasbourg, Paris : Sirey, 1934, la section « Effets du partage » pp. 400-411, et la conclusion pp. 500-508.

## § 1
## *Position du problème*

**276.** 1ERE OPERATION : EVALUATION DE LA MASSE PARTAGEABLE. — Les premières phases du partage ne sont pas sujettes à discussion. Il n'est pas contesté qu'au moment du partage il s'agisse d'abord d'évaluer, c'est-à-dire de chiffrer en unités monétaires la masse partageable, composée, dans notre cas de figure, de biens indivis. L'on connaissait déjà, pour sa fraction, la part idéale du tout que donne à chacun sa vocation successorale, compte tenu de la présence des autres. S'il y a deux fréres dont la vocation est égale, on savait d'ores et déjà que leur part serait de la moitié. Et s'ils sont trois, l'on savait de même qu'elle serait du tiers[5]. Mais cette fraction était impossible à chiffrer. C'est la liquidation de la masse partageable qui permet aussitôt de calculer le montant des parts idéales. Dès lors que la masse est évaluée, par exemple, à trente six, la part et les droits de chacun peuvent aussitôt être évalués, s'ils sont deux, à dix huit, ou, s'ils sont trois, à douze.

**277.** EVALUATION CORRELATIVE DES PART IDEALES. — Tout le monde est d'accord pour considérer qu'à ce stade l'indivision n'a pas encore cessé. Chaque copartageant est encore propriétaire de l'ensemble des biens indivis. Il est simplement notable que l'on puisse opposer, et cette fois-ci, selon nous, à juste titre, la valeur de l'assiette du droit, qui porte sur un tout d'une valeur de trente-six, et la valeur de ce droit, qui est de dix-huit dans notre premier exemple, de

[5] Cf. *supra* la note 25 sous n°249.

douze dans le second. Chaque membre de l'indivision a bien des intérêts propres, représentés par la part qu'il prendra de la masse commune.

**278.** **2EME OPERATION : COMPOSITION DES LOTS. —** La deuxième opération du partage consiste à tracer dans la masse encore indivise les limites entre les lots que l'on attribuera à chacun des copartageants. Il s'agit de composer des lots qui vont permettre de remplir chaque partageant de ses droits par une part concrète de même valeur que sa part idéale. Dans l'hypothèse où les copartageants sont égaux en droits, il n'y a qu'à composer autant de lots d'égale valeur qu'il y a d'héritiers, si les biens le permettent. Dans le cas où il y a deux héritiers, et si le fonds de terre, en indivision entre eux, vaut trente-six, il suffit de le partager en deux parcelles de dix-huit. L'on aurait ainsi deux lots composés chacun d'un immeuble. La composition des lots n'est encore qu'une délimitation[6]. Demolombe comparait cet aspect de l'opération au *bornage*[7].

**279.** **EVALUATION DES PARTS DE CHAQUE INDIVISAIRE SUR CHAQUE LOT. —** Mais à ce stade il est désormais possible de noter que si le droit d'un indivisaire sur deux est de dix-huit, c'est-à-dire la moitié de toute l'indivision, l'on peut, quoique le droit continue de porter sur le tout, diviser sa valeur entre les lots. Lorsqu'il y a deux lots égaux, le droit de l'indivisaire vaut, sur un premier lot, neuf, et de même sur le second. Chaque indivisaire totalise bien dix-huit sur les deux lots, la

[6] « Le partage a pour objet de diviser la chose commune en autant de lots qu'il y a de copropriétaires. » F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, p. 264.
[7] « … une opération réglementaire, n'ayant pour but que la fixation des parts, à l'instar, pour ainsi dire, du bornage ! » C. Demolombe, 3ème éd., Paris, 1867, t.3, p. 486.

moitié de la valeur totale de la masse. De même s'ils sont trois. Le droit de chaque indivisaire, qui est de douze sur le tout, vaudra, sur tel des trois lots composés du tiers de la masse (soit douze), quatre. Comme il y a trois lots, chacun des trois indivisaire totalise bien douze, le tiers du total. Et à eux trois ils totalisent trente-six. Jusqu'ici il n'y a toujours pas de désaccord[8].

**280.** **3^EME^ OPERATION : ATTRIBUTION DES LOTS. —** Afin de préciser au mieux la question litigieuse nous pouvons même la pousser à son extrême limite : convenons que l'on est même toujours pas sorti de l'indivision lorsque l'on a pré-déterminé à qui devra aller chaque lot. Chaque copartageant demeure propriétaire de l'ensemble des lots, de celui qui lui reviendra comme de ceux qui reviendront à ses copartageants. Mais la dernière phase du partage consiste à *répartir* les lots entre les copartageants, de telle manière que le contenu de chaque lot soit *attribué* en exclusivité et sorte de l'indivision[9]. Chaque copartageant voit l'étendue de l'assiette de son droit se resteindre au seuls biens compris dans son lot. C'est l'aspect restrictif du partage. Cette doctrine est clairement formulée par Pothier : « il (le cohéritier) restreint le droit universel et illimité qu'il avait pour sa part dans tous les immeubles de la succession, à ceux qui lui échéent dans son lot[10]. » Et sur ceux-ci il dispose désormais d'un droit parfaitement exclusif, libéré de l'emprise des autres. C'est l'aspect libératoire du

[8] Conception germaniste *supra* n°195.
[9] « Le partage a pour objet (…) d'attribuer à chacun un lot sur lequel il exercera son droit de propriété de manière exclusive. » F. Zénati, *op. cit.*, n°251, p. 264.
[10] R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.1, n°73, p.509.

partage. Après le partage, au lieu d’être propriétaire de l’ensemble de la masse indivise, il n’est plus propriétaire que d’une part en propre. Le partage détermine son droit sur une part de la masse libérée des droits des autres.

**281.** **CONTRADICTION ENTRE SCAEVOLA ET SERVIUS SUR LE SENS DU MOT *PARS*. —** C’est très précisément cette phase, la dernière de l’opération, qui constitue son aspect véritablement problématique. Il s’agit d’expliquer comment les biens qui composent chaque lot peuvent soudain cesser d’être indivis entre tous les héritiers pour passer à l’état de bien hors indivision. Comment une personne, antérieurement propriétaire en commun d’une pluralité de biens, peut-elle n’être plus propriétaire que de son lot, mais dans une parfaite exclusivité ? C’est à cet endroit que nous pouvons évoquer le point de vocabulaire que pose le passage de l’indivision à la division. Le juriste Paul[11], après avoir rapporté un propos de Julien[12], selon lequel nous pouvons dire d’un bien qu’il est nôtre *pour le tout* dès lors qu’il n’en est pas une seule partie qui appartienne à autrui, rapporte que, contrairement à Quintus-Mucius[13], qui disait que le terme de part suppose que la

[11] Paul, 21 *ad edictum* (Dig. 50.16.25) : Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum usus fructus alienus est, quia usus fructus non dominii pars, sed servitutis sit ut via et iter : nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse. hoc et *Iulianus,* [1] et est verius. *Quintus Mucius* ait partis appellatione rem pro indiviso significari : nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. *Servius* non ineleganter partis appellatione untrumque significari. Trad. Hulot (modifiée par nous) : Nous disons avec raison qu’un fonds de terre nous appartient en totalité, lors même que l’usufruit appartient à un autre ; parce que l’usufruit ne fait pas partie de la propriété, mais de la servitude, comme une voie, un chemin. Il n’est donc pas faux de dire qu’un fonds nous appartient tout entier, lorsqu’aucune de ses portions ne peut être dite à un autre. Tel est l’avis de Julien, et c’est juste. I. Quintus-Mucius dit qu’une chose possédée en indivision avec autrui est signifiée par le terme de *portion* : car, lorsqu’elle est divisée, ce qui nous appartient n’est pas une portion, mais un tout. Servius, en réfutant la décision de Quintus-Mucius, observe avec beaucoup de raison que le terme de portion désigne les deux.

[12] Juriste du temps d’Adrien et d’Antonin le pieux. Sabinien.

[13] Q. Mucius Scaevola, le pontife (v. 140-82 av. NSJC).

chose soit en indivision, car une fois celle-ci partagée ce n'est plus une portion qui nous en appartient, mais un tout, Servius[14] pense "*non ineleganter*" que le mot part peut avoir les deux sens. Discussion de laquelle l'on peut rapprocher les formules de Celse fils[15] selon lesquelles il ne s'agit pas, avec l'indivision, d'avoir solidairement avec autrui la propriété du bien, ni d'avoir la propriété d'une partie de la chose (*partis corporis dominium*) mais d'avoir la propriété du tout de la chose en indivision pour une part avec autrui. Mais la question qui divise encore actuellement les auteurs est de savoir comment cesse l'indivision.

**282.** VENTE OU ECHANGE DE PARTS, LE PARTAGE EST TRANSLATIF. — Une tradition pluriséculaire dit que les romains concevaient que l'on sorte de l'indivision par la vente[16] ou l'échange[17]. Nous laisserons pour l'instant de côté le point de savoir s'il s'agit de vente ou d'échange; parce que cette discussion n'est pas spécifique du partage, mais véhiculée au contraire tant par la vente (dont on se demande si elle n'est pas l'échange d'une chose contre de la monnaie)[18] que par l'échange (que l'on peut analyser comme un complexe de deux ventes réciproques, avec compensation des obligations); et au stade où nous sommes ce

[14] Fin de la République. Ami de Cicéron.
[15] Juriste proculeien, du temps d'Adrien et d'Antonin le pieux. Ulpien, 28 *ad ed.* (D. 13.6.5.15) "Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum dominium vel possessionem esse non posse : nec quequam partis corporis dominium esse sed *totius corporis* pro indiviso *pro parte* dominium habere."
[16] L. 1, C., *Commun. utriusque judic.* (cité par Aubépin, « De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français », *Rev. Crit.*, XVI (1859), p. 553).
[17] « Permutatio rerum discernens communionem » (Papinien) L. 20, § 3, D., *Famil. erciscund.* (cité par Aubépin, *op. cit.*, *ibid.*)
[18] L'argument *contra* est que la monnaie ayant été faite pour être la mesure de la valeur de toute chose, ne peut pas être elle-même une chose. L'argument *pro* est que peu importe qu'il y ait monnaie, dès lors que la chose vendue peut être mesurée en espèces. Cf. J. Berriat Saint-Prix, *Précis du cours de législation*, Grenoble : Allier, an XI [1803], t.1, p. 71.

débat est encore sans incidences. Quoi qu’il en soit le partage était analysé comme un ensemble d’actes d’aliénations, de transferts ou de translations. L’essentiel est dit. C’est la théorie de la nature translative du partage. L’on conçoit en vérité très bien qu’un tel acte soit ramené à la vente et à l’échange comme à des modèles contenant le droit commun[19]. Une autre tradition nous rapporte d’ailleurs que le partage était un acte *sui generis*[20].

**283.** POINT EN DISCUSSION. — Précisons enfin les contours du point en discussion. Dire que le partage est un acte naturellement translatif ne nous semble pas fondamentalement une erreur de pensée. Cela peut être juste, ou faux, tout dépend de la nature de l’objet aliéné par vente ou par échange. Nous croyons et nous soutenons que le partage n’opère rien de plus qu’une série de transferts de valeur. C’est pourquoi les deux branches de l’analyse classique vont se rejoindre dans l’idée que chaque transfert a une contrepartie. Elles se divisent sur le reste.

[19] Le partage, comme la vente, forme un juste titre de possession pour l’usucapion : L. 17, C., *De pactis* (cité par Aubépin, *op. cit.*, p. 553) et D. 41, 3, *de usufr. et usuc.*, 17 (cité par J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 402 et note 2). Mais surtout, l’action en garantie contre l’éviction (*actio ex empto*) est ouverte à l’attributaire du bien contre son copartageant (comme à un acheteur contre son vendeur) : en cas de partage conventionnel : Papinien, 28 *Quaest.* (L. 66, § 3, D. *De eviction.* [21,2]) (cité par Aubépin, *op. cit.*, p. 553 et J. Gaudemet, *op. cit.,*, pp. 403-404) ; en cas de partage judiciaire : Ulpien, 32 *ad. ed.* (D. 19.1. *de act. empt. vend.* 13.17) (cité par J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 405)

[20] Le partage, contrat innommé : L. 7, C., Comm. utr. jud (cité par Aubépin, *op. cit.*, p. 553 et par Gaudemet, *op. cit.*, p. 409, note de la p. 408), L. 14., C., *Famil. erciscund.* (cité par Aubépin, *op. cit.*) ; *nudum pactum* (pacte nu) : L. 16, D. *De pactis* (cité par Aubépin, p. 553).

## § 2
## *Discussion relative à l'objet du transfert*

Pour le surgeon de l'analyse classique que l'on dit d'origine romaine et que nous croyons plus volontiers une déformation des conceptions romaines[21], le transfert va plus loin que de simples valeurs. Chaque indivisaire disposerait des parts concrètes, c'est-à-dire des biens compris dans le lot d'autrui, dont il est propriétaire au prorata de sa part. Pour le parti que nous défendons, cette propriété n'est pas transférée, mais délaissée.

### A) Enoncé de la thèse de la translation des quotes-parts concrètes

**284.** **Reunion de toutes les parts sur un seul lot. —** Si l'on prend le cas de chaque indivisaire relativement au lot qui doit lui être attribué, l'on peut dire qu'il n'en est propriétaire que pour la part que lui donne la transmission successorale. La ou les parts restantes sont, pour la même raison, à son ou à ses coïndivisaires. Celui-ci ou ceux-ci vont donc lui céder leur part. De la sorte, par l'ajout à sa propre part de celle qu'il acquiert, l'indivisaire obtient sur son lot la totalité des parts. Il réunit l'entièreté des droits sur les biens composant son lot. Il en devient propriétaire seul et pour le tout, et le morcellement a pris fin. C'est en cela que l'on croit, comme le dit R. Le Balle dans un passage précité, que “le concept rationnel romain implique l'identité de nature entre les droits indivis et

[21] Les romanistes et les civilistes du droit français s'entendent pour prêter aux romains la même doctrine. P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5ème éd., Paris : Arthur et Rousseau, 1911, p. 314.

les droits divis", car telle est la "condition indispensable pour que la réunion sur une même tête de toutes les parts indivises au moyen d'échanges aboutisse à constituer une propriété divise"[22].

**285.** L'ATTRIBUTAIRE AYANT DROIT DE SES COPARTAGEANTS. — L'indivisaire dans le lot duquel tombe un bien est donc partiellement l'ayant droit de ses coïndivisaires, puisque ceux-ci lui ont tous transmis leur part de propriété du bien en cause. Chaque copartageant est ainsi à la fois, pour sa part, ayant cause du défunt, et, pour la part de ses coïndivisaires, leur ayant cause. D'une certaine manière l'indivision n'a pas vraiment cessé. Et cela est logique. Comment veut-on sortir de cette situation par des actes (la vente ou l'échange) qu'elle rend inefficaces ? Pourquoi, s'ils sont impossibles avec les tiers, vaudraient-ils entre indivisaires ? Mais Planiol, au contraire, conçoit que par de tels actes l'on puisse se libérer de l'indivision, que ce soit en transférant les parts à des tiers ou à des indivisaires, du moment que celles-ci sont réunies entre les mains d'un seul. C'est dire que ce courant doctrinal, s'il conçoit le partage comme un acte ordinaire, tolère également de tels actes pendant l'indivision.

**286.** RECIPROCITE DES TRANSLATIONS. — Lorsque un tel transfert s'obtient par la vente, l'indivisaire achète à son coïndivisaire la quote-part qui lui manque sur son lot, et réciproquement il lui vend celle dont il dispose sur le lot qui lui échappe. Pour l'analyse en terme d'échange, le partage consiste en ce que

[22] C. Beudant, 2ème éd. avec la collaboration de R. Le Balle, Paris : Rousseau, 1936, t.5 bis, n°701, pp. 369-370, note 2.

l'indivisaire céde sa quote-part sur le lot d'autrui en contrepartie de l'acquisition qu'il fait de celle qui lui manquait sur son propre lot. Demolombe, qui rend compte de cette conception, rapporte une formule de la glose qui dit clairement les choses : *pars tua mihi adjudicatur, et mea tibi*[23].

**B) Enoncé de la thèse de la translation des quotes-parts idéales**

**287.** **OPINION DE TREBATIUS. —** Il existe une autre conception, tout aussi classique que la précédente, mais sans doute moins représentative de la doctrine dominante en France. Néanmoins elle est clairement présente chez Pothier, auteur classique s'il en est. Peut-être était-elle, avant lui, chez Dumoulin, à un certain stade de son raisonnement (tel était le sens de la démonstration de Aubépin), et, pour remonter un peu plus haut, chez les médiévaux (c'est une question qui s'adresse aux historiens du droit). Mais tous les romanistes connaissent la position de Trébatius (Dig. 30.1.5[24] et 33.2.31[25]). A seulement considérer notre époque, la formule est encore chez Demolombe, ainsi que chez Aubry et Rau, encore qu'elle soit chez ces auteurs de manière mitigée, et plus

[23] C. Demolombe, *op. cit.*, t.3, p. 485. Il s'agit d'une glose sur la loi 1, *Cod. comm. utri*. Et référence *comp.* L. 6, § 8, *comm. divid.* et L. 7, § 4, ff., *quib. mod. pign.* Il est possible que la pseudo théorie romaine remonte, dans sa généralisation, à la glose.
[24] Cité *supra* note 48 sous n°256.
[25] Cité *infra* note 49 sous n°305.

mitigée chez Aubry et Rau que chez Demolombe. Elle n'était déjà plus chez Planiol[26].

**288.** PAS DE CESSIONS DE PARTS. — Cette conception n'envisage pas que le partage puisse impliquer la moindre mutation du droit de propriété. S'il devait y avoir transfert, il s'agirait tout juste d'un flux de valeur, d'une cession, peut-être, de part idéale[27]. Mais cette denière nuance, qui n'est pas encore utile ici, se comprendra aisément arrivé au terme du raisonnement. Toujours est-il qu'en aucun cas il ne saurait y avoir de cession, même pour partie, des biens eux-mêmes.

**289.** L'ATTRIBUTAIRE CONSERVE SES DROITS SUR SON LOT. — Du point de vue égoïste de chaque indivisaire, le partage est une opération qui ne trace finalement qu'une seule limite dans la masse des biens par lui appropriés pendant l'indivision, et celle-ci sépare ceux qui entrent dans son lot de ceux qui n'y entrent pas. Il faut envisager l'une et l'autre de ces masses. L'indivisaire conserve la propriété de la partie de la masse des biens qui composent son lot. C'est d'ailleurs tout ce qu'il conserve de la masse globale. Mais il ne fait rien d'autre qu'en conserver la propriété. C'est à dire qu'il demeure propriétaire du bien tombé dans son lot sans

[26] Et elle a disparu de tous les ouvrages de droit successoral actuels. Nulle trace de cette conception, pas même pour la combattre, dans les manuels actuels de droit des successions (Terré, Mazeaud, Grimaldi, Sériaux) sous réserve, peut-être, de l'ouvrage de Ph. Malaurie, 4ème éd., Paris : Cujas, 1998, n°985, p. 522. Cette conception avait déjà disparu chez C. Beudant, A. Colin et H. Capitant, M. Planiol et G. Ripert, G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl. Mais l'idée est aujourd'hui défendue par F. Zénati, *Les biens*, Paris : Puf, 1988, n°251, p. 264 (v. aussi sa thèse, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse doct. d'Etat, Lyon 3, 1981, dactyl., n°86-95, pp. 128-139).
[27] Cf. R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris : Dalloz, 1969, n°329-330, pp. 174-176, spéc. p. 175.

que le partage ne change la nature de son droit. Il n'acquiert rien de nouveau. Ses copartageants n'ont en particulier rien à lui céder. Les biens qui sont dans son lot figuraient déjà dans la masse indivise. Dans la mesure où il était d'ores et déjà propriétaire, par définition, depuis l'ouverture de la succession, de tous les effets compris dans l'indivision, qu'aurait-il à réclamer de plus relativement aux biens que lui attribue le partage?[28]

**290.** NECESSITE LOGIQUE DE CETTE SOLUTION. — Il faut aller plus loin. Si l'on voulait considérer l'héritier comme acquéreur des biens figurant dans son lot, on se heurterait à un obstacle logique : comment un indivisaire, propriétaire de l'ensemble des biens indivis, aurait non pas seulement le besoin, mais jusqu'à la simple possibilité de se rendre acquéreur de biens qui étaient déjà à lui ? Car nul ne saurait, au sens propre du mot, *acquérir* une chose qui lui appartient déjà. Il y a là une vérité que ne renierait pas un mathématicien[29]. Sinon l'on serait conduit, dans ce cadre de pensée, à considérer qu'il n'était plus vraiment propriétaire avant le partage, et pour cela il faudrait dire de qui, alors, il serait l'ayant cause. On ne peut pas dire que l'indivisaire alloti est l'ayant cause des autres indivisaires, car pourquoi devrait-on considérer que l'indivisaire cédant est

[28] Cet aspect des choses est clairement exprimé en doctrine. Chez Aubry et Rau il est dit que le partage n'est pas translatif « puisque chaque copartageant se trouvait, dès avant le partage, investi d'un droit indivis dans chaque atome de la portion matérielle qui lui est attribuée. » Cf. F. Zénati : « Le partage n'a donc aucun effet translatif puisque les copartageants étaient déjà propriétaires de la chose, donc de leur lot ; il n'a fait que circonscrire l'objet de chaque droit de propriété. C'est en cela que le partage a un effet naturellement déclaratif. » : *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, n°251, p. 264.

[29] *Dixit* Merlin de Douai, 4ème éd., Paris : Garnery, 1810-1830, v° Propre, § 2, p. 152 (on ne peut être acquéreur de sa propre chose). Rappr. L'idée selon laquelle on ne saurait être juge et partie. Le cumul des pouvoirs, ou du pouvoir et de l'autorité était un problème politique à Rome, dès la fin des temps royaux.

propriétaire avant le partage lorsqu'il s'agit d'expliquer de qui provient la propriété, et ne plus le considérer tel lorsqu'il s'agit de dire qu'il la reçoit ? C'est sur de telles questions que l'on risque de s'écarter insensiblement du cadre rudimentaire dont on était parti, pour élaborer des conceptions abstraites faites de quote-parts ou de personnalité morale de l'indivision.

**291.** EXPROPRIATION SUR LES LOTS D'AUTRUI. — En vérité, le partage affecte simplement l'étendue matérielle de l'assiette de la propriété de l'indivisaire. Car relativement aux biens qui figuraient dans la masse indivise, mais qui, afin d'être attribués aux autres, ne sont pas entrés dans son lot, chaque indivisaire *perd* la propriété. Et l'indivisaire perd la propriété des biens sans rien en transmettre[30]. L'on peut, avec Demolombe[31], parler d'un *abandon*, à condition de préciser que les biens ne sont pas sans maître, puisqu'ils figurent au lot d'un autre copartageant. Le partage consisterait pour l'indivisaire à *renoncer* (c'est le terme employé par Aubry et Rau[32]) à la propriété de tout ce qui ne compose pas son lot. Mais ce terme, comme, du reste, celui d'abandon, traduit trop l'idée d'un acte volontaire, tandis que le partage peut s'imposer à l'indivisaire, et qu'il peut, en tout cas, ne pas choisir exactement sa part concrète. Laurent a une formule

[30] Cf. Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867-1879, t.6, n°625, note 1, p. 556 : « Le partage est plutôt *dévestitif* qu'*investitif*, en ce sens qu'il implique bien moins, de la part de chacun des cohéritiers, translation de la propriété des objets matériels compris au lot des autres, que renonciation de la part des divers copartageants au droit indivis qui leur compétait sur les objets qui ne sont pas tombés dans leur lot. »
[31] C. Demolombe, *op. cit.*, t.3, n°549, p. 489.
[32] Aubry et Rau, *op. cit.*, n°625, note 1, p. 556. F. Zénati parle quant à lui d'une *renonciation*, non au droit de propriété lui-même, mais à son exercice : F. Zénati, *op. cit*, n°251, p. 264 : « (le partage) se réalise par la renonciation de chaque indivisaire à exercer son droit sur la partie de la chose non comprise dans son lot. »

plus neutre et mieux frappée (quoiqu'il en tire des conclusions erronées[33]) lorsqu'il dit que « Pierre (…) cesse d'être propriétaire de la partie du fonds adjugée à Paul, son cohéritier, et Paul n'a plus la propriété de la partie du fonds adjugée à Pierre[34]. » Pothier disait que pour le cohéritier le partage était *une espèce* d'aliénation de son droit. Il faut bien remarquer la nuance dans l'expression : il s'agit bien de quelque chose de *ressemblant*, non point d'identique à une aliénation. Pothier signifiait par là qu'en tant que l'héritier perd par le partage son droit sur le bien cette opération est un acte grave, qui requiert, en cas de minorité de l'héritier qui y participe, que son tuteur en soit autorisé[35]. Le partage peut être interdit à un incapable, et nécessitter même pour son représentant un pouvoir spécial. Il nous semble plus précis de parler d'une expropriation, le terme le plus exact étant peut-être, tout bien considéré, celui

[33] Laurent, *Principes de droit civil français*, 3ème éd., Paris, 1978, t.10, n°393, p. 409, en conclue qu'il se fait un *échange* « de la copropriété indivise de tout le fonds contre la propriété divisée d'une partie du fonds », et que finalement le partage est translatif (cf. *supra* n°358).

[34] Laurent, *ibid.*

[35] R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.8, p. 152: "La raison est que le partage restreignant aux seuls effets qui échoient au lot du cohéritier le droit qu'il avait auparavant sur tous les effets de la succession, est une espèce d'aliénation du droit qu'il avait sur les autres effets : or, tous actes qui contiennent une aliénation des immeubles des mineurs, ou qui y ressemblent, leur sont interdits, et à leurs tuteurs, d'où il suit que la demande en partage définitif qui tend à une espèce d'aliénation des immeubles du mineur, ou, du moins, à quelque chose qui lui ressemble, ne peut lui être permise, ni à son tuteur." (Souligné par nous.) R.-J. Pothier, *op. cit.*, t.1 : « un partage définitif des immeubles de la succession ne soit pas dans notre jurisprudence française une vraie aliénation, il est au moins une disposition que le cohéritier fait de ses immeubles. »

d'adjudication[36]. Quoi qu'il en soit, tel nous paraît être la condition nécessaire et suffisante du partage[37]. Tout le reste en découle logiquement.

**292.** **LIBERATION DE L'INDIVISION. —** Si dans un second temps nous opérons la synthèse des points de vue particuliers à chaque indivisaire nous obtenons une vue globale du partage. L'idée centrale en est que l'attribution en propre à chacun d'une partie de la chose jadis commune est rendue possible moyennant une pluralité d'actes dévestitifs. Le processus de cantonnement se produit simultanément pour chacune des parties prenantes. Le mouvement, pour chaque indivisaire, est double, il perd et il conserve ; mais il perd plus qu'il ne gagne. Chacun, en restreignant l'assiette de son droit aux biens qui figurent dans son lot, libére le lot d'autrui du poids de sa propriété, et réciproquement, son lot se trouve libéré du poids de la leur, pour la même raison. La propriété de chacun

[36] Remarque. L'adjudication d'un bien sur saisie est-elle autre chose qu'une expropriation de son actuel propriétaire au profit d'un adjudicataire qui, tel un copartageant, le reçoit purgé de toute charge ?

[37] Tout bien considéré, si par un aspect le partage est *conservatoire*, par le présent aspect le partage est *révolutionnaire*. Le droit de l'indivisaire est *révolu*. Le terme adéquat est donc bien celui de *révolution*. Il est déplorable que de vieux termes latins comme par exemple *communisme* soient abandonnés, par les juristes, au domaine des sciences sociales, sous prétexte de connotation.

sur son lot se trouve comme libérée de la paralysie où l'indivision la tenait[38]. Ainsi conçue, l'opération du partage, par laquelle l'on sort de l'indivision, pour subtile qu'elle paraisse, repose toute entière sur le simple phénoméne de l'expropriation[39].

**293.** **APPRECIATION DE CETTE THESE. —** Cette conception nous semble bien plus respecteuse d'une vision rudimentaire de l'indivision. Elle reste fidèle à l'idée que l'indivision est une situation impensable, en ce qu'il ne peut s'agir de

[38] F. Zénati a des formules qui expriment assez bien cette doctrine : « Chaque indivisaire étant en réalité un propriétaire, il devient un propriétaire exclusif lorsque le droit des autres disparaît par simple accroissement, sans qu'il y ait la moindre transmission (au lieu de demeurer propriétaire *pro parte*, on le devient pour le tout). » Ou : « Le concours de toutes les renonciations a pour effet de libérer chaque lot de l'emprise des droits de propriété des copartageants auxquels ledit lot n'est pas attribué. » : *op. cit.*, n°251, p. 264 ; Cf. C. Demolombe, *op. cit.*, 3ème éd., 1867, t.5 (vol. 17 du *Cours de Code Napoléon*), n°258, pp. 285 et s.et 4ème éd., 1870, t.3 (vol. 15 du *Cours de Code Napoléon*), p.489 (« chacun des cohéritiers abandonnera sa copropriété indivise dans certains biens, afin d'obtenir la propriété exclusive des autres biens, sur lesquels ses cohéritiers abandonneront aussi réciproquement leur copropriété indivise. *C'est-à-dire que* chacun d'eux *acquerra* un droit exclusif dans certains biens, en *échange* de son droit indivis dans les autres biens. » - souligné par nous, la fin du passage est problématique, même conclusion erronée chez Laurent, *op. cit.*, n°393, p. 409, dont on peut suivre la trace chez Pothier, éd. Bugnet, *op. cit.*, t.8, pp. 152 et 158, mais il faudra remonter plus haut, à des querelles scolastiques – G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, 3ème éd. avec la collaboration de Colin, Paris : L. Larose et L. Tenin, 1905, t.2, n°2133, p.636, n°2222 et 2223 p. 694, avec référence à C. Dumoulin, *Coutume de Paris*, § 33, gl. 1, n. 74 ; M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1904, t.1, n°2498, p. 798 (« Les copropriétaires obtiennent des choses moindres que la chose totale, mais qui ont l'avantage d'être des propriétés franches, où le droit de chacun n'est plus limité par la coexistence de droits rivaux »).

[39] C'est sous l'éclairage de cette analyse que nous lisons les formules de Pothier, même si elles intégrent, nous dirons pourquoi, des termes que l'on retrouve dans l'article 883 du C. civ. (en souligné), et qui font référence à la rétroactivité : "Le principal effet du partage est de déterminer la portion de chacun des cohéritiers, et de la restreindre aux seuls effets qui lui sont assignés pour son lot, de manière que *chaque cohéritier soit censé avoir seul succédé immédiatement au défunt à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir succédé à aucun de ceux compris dans les lots de ses cohéritiers.* Le partage n'est donc pas considéré comme *un titre d'acquisition* par lequel chaque cohéritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avaient avant le partage dans les effets qui lui sont assignés pour son lot, mais c'est seulement un *acte déterminatif* des choses auxquelles chacun des cohéritiers a succédé au défunt, chacun des cohéritiers n'étant qu'héritier en partie, n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles qui lui assignerait un jour le partage que la nature de l'indivis de la succession exigeait." R.-J. Pothier, *op. cit.*, t.8, p. 186. Le terme d'*acte déterminatif* est chez M. Veroone, *Etude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage*, thèse Lille, Lille : Douriez-Bataille, 1946, p. 110.

transférer les biens qui sont en indivision, même pour partie[40]. Et il n'y a pas plus de remplacement que de transformation ou d'accroissement du droit lui-même. Cela n'empêche pas de considérer la diminution de l'assiette de son droit que subit chaque indivisaire comme une perte patrimoniale, et l'augmentation de la valeur du même sur les biens à lui échu comme un gain, de telle sorte qu'il y ait, en somme, flux de valeur entre les indivisaires. Nous trouvons finalement, qu'avec cette conception, si l'on conserve bien l'idée que la situation d'indivision a quelque chose de compliqué, le partage, en revanche, n'est pas difficile à concevoir. Et à notre avis cela participe bien de la nature véritable du partage, qui n'est qu'un retour à la normale[41].

## Section 2
## Effet du partage sur les actes accomplis avant lui

Les discussions relatives aux effets du partage naissent en pratique du sort qu'il convient de réserver et de la portée à accorder à des actes accomplis, durant la phase d'indivision, du chef de tel ou tel indivisaire, et relativement à des biens qui, en vertu du partage, n'appartiennent plus qu'à l'un d'entre eux. Au travers de leurs enjeux immédiats, ces discussions engagent la question des pouvoirs de l'indivisaire, et, par le fait même, avec lui c'est plus largement

[40] Il en va tout autrement dans le partage d'une indivision post-communautaire, parce que le bien commun immeuble appartient à l'un ou à l'autre mais pas nécessairement aux deux (sauf indivision selon le droit commun) ; dès lors, s'il est affecté au lot de son actuel propriétaire, cela se fait sans expropriation de l'autre, et s'il est attribué au non-propriétaire (parce que celui-ci est créancier), c'est une réelle mutation de personne à personne.
[41] Nous reprendrons cette étude sous son aspect comptable *infra* n°381 et s.

l'organisation de la gestion de l'indivision qui est en cause. Et lorsqu'il s'agit de déterminer qui est créancier du prix de *vente* du bien (lorsque le créancier d'un indivisaire provoque la vente forcée d'un bien indivis ou intervient dans celle-ci), ou lorqu'il faut savoir ce que vaut l'*hypothèque* constituée du chef d'un indivisaire, les actes accomplis impliquent en même temps le crédit des indivisaires vis-à-vis de leurs créanciers. Après avoir éclairci la question générale de la gestion, nous ferons de nouveau le point sur la question spéciale des droits des créanciers.

## Sous-section 1
## Effet du partage sur la gestion de l'indivision

**294.** **DISTINCTION CONTROVERSEE DE LA LICITATION. —** Les actes dont il s'agit sont au surplus susceptibles d'une distinction qui s'explique par les controverses doctrinales et jurisprudentielles qui ont animé la matière[42]. Longtemps l'on a pensé que tous les actes qui précèdaient le partage ne devaient pas être placés, par rapport à lui, sur le même plan. Il fallait, croyait-on, mettre à part la licitation, qui, non seulement, tendait à être envisagée différemment par rapport au partage, mais faisait même écran entre lui et les autres actes, de telle sorte que ceux-ci n'étaient plus envisagés que de son point de vue à elle.

[42] V. H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, n°1762-1763, pp. 887-888.

## § 1
## *Les actes ordinaires accomplis pendant l'indivision, au regard du partage*

**295.** ECLAIRCISSEMENT DE LA CONTROVERSE. — Les actes dont font l'objet les biens indivis ne cesseront peut-être jamais d'être sujet à controverses. Nous ne songeons pas à mettre un terme à ces disputes mais à les rendre plus compréhensibles. Il nous semble que la querelle doctrinale se complique du flou dans lequel sont entretenues les deux visions doctrinales que nous avons discerné. Nous ne parlons pas du parti doctrinal germaniste, mais des deux conceptions classiques du partage, l'une qui l'analyse comme un ensemble de cessions ayant pour objet les parts des biens eux-mêmes, l'autre qui y voit un ensemble d'expropriations. Ces deux théories étant distinguées, les positions antagoniques qu'elles adoptent respectivement sur le terrain du régime du partage se justifient clairement, chacune, au sein de son cadre. L'une et l'autre nous semblent alors présenter une vision cohérente et unitaire qui n'a plus besoin de distinguer et de sous-distinguer à outrance la matière. Nous pouvons maintenant faire l'exposé de l'une et l'autre position.

### A) Point de vue translatif du partage-cession de quotes-parts

**296.** NATURE DES CHOSES ET DROIT POSITIF. — Il faut distinguer les effets auxquels la doctrine de la nature translative du partage devrait conduire et suivre ensuite

l'analyse que les partisans de cette théorie font lorsque le droit positif contredit ce résultat.

### 1) *Effets naturels du partage*

**297.** PORTEE LIMITEE DES ACTES ACCOMPLIS. — Nous pouvons tenter de décrire les effets qui découlent naturellement du partage translatif de quotes-parts, tel que nous l'avons compris, sur les actes accomplis préalablement au partage[43]. En toute hypothèse, quel que soit l'acte sur l'immeuble indivis, vente, à l'amiable, sur saisie ou hypothèque, il ne peut s'agir pour l'indivisaire de disposer du ou des biens indivis eux-mêmes en entier, mais seulement des droits qu'il a sur ceux-ci. Mais nous distinguerons le cas où la part est cédée de celui où l'on constitue sur elle des droits réels.

#### a) La cession

**298.** IDENTITE DES CESSIONS POUR ET AVANT LE PARTAGE. — Le partage est d'ores et déjà un assemblage de cessions[44]. Par conséquent, considérer les cessions susceptibles de le précéder c'est faire l'hypothèse d'un partage qui serait idéal en ce que : 1° le jour convenu aucun indivisaire n'aurait cédé au préalable sa part à

[43] Cf. A. Wahl, « Les variations de la Jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage », *Livre du centenaire du Code civil*, t.1, n°24, différence entre le partage, la licitation et la cession de droits.
[44] L'analyse qui suit est bien connue. Elle resurgit parfois lors d'un pourvoi (par exemple dans Civ. 1re, 21 mars 1962, affaire L'Abbé Feunteun, Bull. civ. I, n°171, p.152). Elle est condamnée (v. encore Civ. 1re, 26 oct. 1976, affaire Ganet, *Bull. civ.* I, n° 307 ; Civ. 3ème, 21 oct. 1980, affaire Margot, *Bull. civ.* III, n° 160, *JCP* éd.N 1981.2.57, note Stemmer, *Rtd civ* 1984.348, obs. Patarin).

quiconque, 2° les parts seraient toutes cédées à la même personne, membre de l’indivision. L’on pourrait ainsi opposer partage et cessions, pendant l’indivision, à des membres ou à des étrangers. En réalité, dans cette théorie, de tels actes valent autant pendant la période d’indivision qu’après. Et le partage n’est pas fait d’actes d’une autre nature ni d’une autre valeur que ceux qui le précédent. L’approche est unitaire. Dès lors des constructions telles que le partage partiel ou le partage avec appel d’étrangers s’expliquent très bien et apparaissent même quelque peu artificielles.

**299.** **L’indivisaire dispose de ses parts. —** Partons du cas de l’indivisaire originaire, c’est-à-dire ayant cause du *de cujus*, qui dispose de sa quote-part. Il est question pour lui de transmettre tout ou partie des droits qu’il a dans un ou dans plusieurs biens indivis. Son acte ne vaudra jamais au-delà de la proportion que sa part dans l’indivision lui donne dans tel ou tel bien. Mais il ne vaudra jamais moins. La quote-part de l’indivisaire est la mesure de la portée que l’on doit reconnaître aux actes accomplis de son chef. Il suffit ensuite d’articuler le raisonnement en fonction des hypothèses[45]. Distinguons en premier lieu le cas où le partage attribue le bien à un autre que le cédant et celui où le cédant est au contraire l’attributaire du bien.

**300.** **1° Attribution du bien a un indivisaire inactif. —** Le partage peut donc d’abord attribuer l’immeuble à un indivisaire qui n’en a pas disposé pour sa part.

[45] Cf. M. Planiol, *op. cit.*, t.1, n°2498, p. 798.

En tout cas, selon cette analyse, l'indivisaire attributaire n'est jamais l'ayant cause du défunt que proportionnellement à sa part. Il est, pour le reste, le cessionnaire des parts de ses copartageants, qui en ont été propriétaires comme lui jusqu'au partage.

**301.** **OPPOSABILITE DES CESSIONS OPEREES PENDANT LE PARTAGE. —** Cela suppose bien, par conséquent, que les copartageants cessionnaires aient encore en main leur propre quote-part du bien le jour du partage. Car lorsqu'ils l'ont préalablement cédée à un étranger à l'indivision, l'attributaire du bien est tenu de respecter cet acte (au prorata, toujours, de la vocation du cédant sur la masse commune). L'acte concerne les parties, il vaut dans leurs rapports réciproques, mais il n'a pas besoin d'être opposable au-delà, il suffit qu'il soit respectable par les membres de l'indivision. L'indivisaire déjà cédant ne peut pas disposer une seconde fois de sa quote-part, lors du partage, au profit de son copartageant. Celui qui se voit attribuer le bien lors du partage ne peut prétendre exercer son droit de suite et revendiquer l'immeuble entre les mains du tiers. Il est tenu de respecter les droits du tiers pour la part de son coïndivisaire[46].

**302.** **INDISTINCTION DU CESSIONNAIRE INDIVISAIRE OU ETRANGER. —** Il faut considérer que le cessionnaire n'acquiert que des droits (des parts) dans le bien, et que, membre ou étranger à l'indivision, il n'est jamais que l'ayant droit de

[46] Il peut être amené à réclamer le bénéfice d'une action en garantie contre l'éviction, dirigée contre son copartageant qui lui aurait cédé une part antérieurement déjà cédée. Exactement comme le copartageant bénéficie d'une telle action contre ses copartageants à cause des actes du *de cujus*. Cf., pour le droit romain, J. Gaudemet, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, thèse Strasbourg, Paris : Sirey, 1934, pp. 402-403.

l'indivisaire cédant. Il faudrait donc appliquer les mêmes règles au cessionnaire étranger et au membre de l'indivision. Il ne devrait pas y avoir à distinguer. En ce qui concerne le membre originaire de l'indivision, la difficulté logique tiendrait à ce que l'on ne peut acquérir ce qui déjà est à soi ; cette difficulté est écartée puisque l'on réifie les quotes-parts et que ce sont celles-ci qui font l'objet de l'acte. Le cessionnaire ayant cause du *de cujus* verrait simplement sa propre quote-part s'accroitre d'autant. Il devrait pouvoir céder le tout, s'il le souhaite, lors du partage. Si le cessionnaire est un étranger, l'on peut considérer qu'il est entré dans l'indivision. Le partage ne peut remettre en question son droit et, s'il n'entend pas y participer, l'indivisaire attributaire du bien ne pourra en acquérir toutes les parts. Pour la part qui lui manque il se retrouve d'une certaine manière en indivision avec le tiers.

**303.** **2° ATTRIBUTION DU BIEN A L'INDIVISAIRE ACTEUR. —** Il ne nous semble donc pas interdit d'imaginer, en outre, que l'indivisaire ayant déjà cédé sa quote-part participe ensuite au partage et soit alors, à cette occasion, le cessionnaire des parts d'autrui. Que le bien aille à l'indivisaire qui a consenti l'acte ou à celui qui n'y a pas consenti, le raisonnement est le même. L'exigence d'unanimité s'explique alors très bien. C'est, pour le cessionnaire, membre ou non de l'indivision, partageant ou pas, la garantie d'être propriétaire du bien pour le tout. La cession de parts a vraiment fourni à cette variante de la conception classique le modèle du partage. Lorsqu'il y a cession de part, il suffit que le

cessionnaire réunisse toutes les parts d'un bien pour que celui-ci sorte de l'indivision.

**b) La constitution de droits réels**

**304.** OPPOSABILITE DES DROITS CONSTITUES. — Le même raisonnement vaut pour toute charge constituée pendant l'indivision. Un tiers peut se voir consentir une servitude de passage, un usufruit ou tout autre droit réel. L'indivisaire attributaire du bien le reçoit grevé, en outre des charges que pour sa part il a constitué, de celles nées du chef de ses copartageants. Car ceux-ci lui cèdent leur part avec les charges qu'ils ont pu constituer dessus.

**305.** 1° ATTRIBUTION DU BIEN HYPOTHEQUE A UN INDIVISAIRE INACTIF. — Ainsi, dans le cas où un créancier prend une hypothèque sur un immeuble indivis, son droit vaut pour la part indivise de l'indivisaire constituant dans l'immeuble. Si c'est un autre indivisaire qui est l'attributaire final de l'immeuble, il sera considéré comme un tiers détenteur par le créancier hypothécaire ayant constitué son titre du chef d'un autre indivisaire[47]. Dans la mesure des droits de ce dernier sur

[47] Cf. Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6, p. 556 note 1. L'affaire Chollet présentait un tel cas de figure. Chollet, créancier personnel de Paul-Xavier, l'un des trois indivisaires, avait, pendant l'indivision, pris inscription d'une hypothèque constituée sur les immeubles de la succession. Dans le cadre d'une analyse du partage en terme de cessions de parts, l'immeuble demeure approprié par tous et l'hypothèque vaut quelle que soit l'issue du partage, dans la proportion que le constituant prend idéalement dans l'indivision. C'est pourquoi Chollet prétendait être colloqué sur le prix d'adjudication de l'immeuble, au prorata de la part idéale prise par Paul-Xavier sur ce même prix (cf. *supra* n°411). Dixit Besançon, devant la cour : « chacun des cohéritiers, étant vendeur, ne peut l'être que conformément à la vocation héréditaire fixée par la loi. » D'où : « le créancier hypothècaire Chollet a droit au prix de la part vendue par P.-X. D., son débiteur ». Civ., 21 juin 1904 : l'hypothèque a conservé son effet. Contre cette thèse, cf. n°225. Lyon, 29 mars 1905 : « on ne saurait (…) soutenir qu'elle [la créance de prix] s'est partagée de plein droit entre les cohéritiers, en sorte que le droit hypothécaire des consorts Chollet s'est fixé immédiatement sur le quart de ce prix correspondant à la vocation héréditaire de leur débiteur. »

l'immeuble, il doit payer, ou, s'il délaisse, le prix de l'immeuble sera attribué, pour cette fraction, au saisissant. Le propriétaire de l'immeuble, *solvens*, dispose, bien entendu, d'un recours contre son auteur copartageant. Son action exercée, rempli de ses droits, il aura récupéré la valeur de sa part. Mais il faut considérer que par hypothèse même son recours risque d'être vain, au moins provisoirement. Car si le créancier s'adresse à lui c'est que le débiteur principal (que nous supposons être le cédant de la quote-part grevée) est insolvable. Cela signifie que la charge des dettes de son copartageant passe, des épaules du tiers créancier hypothécaire, sur les siennes. Dans la mesure de la fraction pour laquelle vaut l'hypothèque, et dans la limite du montant de la créance du tiers, l'indivisaire attributaire de l'immeuble est donc *en fait* privé de sa part. L'égalité du partage est rompue.

**306.** **2° ATTRIBUTION DU BIEN HYPOTHEQUE AU CONSTITUANT. —** Et lorsque l'héritier du chef duquel a été constituée l'hypothèque serait l'attributaire de l'immeuble, le droit du créancier hypothécaire, notamment vis-à-vis des autres créanciers, ne vaudrait que pour la part initiale de son débiteur dans l'immeuble[48]. Là aussi, comme pour le cas de cession, l'unanimité est la seule façon, pour le constituant, de voir son hypothèque frapper l'entièreté du bien.

**307.** **3° *CASUS* : REPARTITION DU BIEN HYPOTHEQUE ENTRE LE CONSTITUANT ET SON COÏNDIVISAIRE INACTIF. —** Mais il faut encore évoquer l'hypothèse où l'immeuble

[48] Echo moderne de cette ancienne conception : F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°722 (dernière phrase), p. 599.

indivis, grevé du chef et pour la part d'un seul de deux indivisaires, est découpé ensuite en deux parcelles dont l'une est attribuée au constituant et l'autre à l'indivisaire qui s'est abstenu. Tel est le cas précis dans lequel l'avis des romains est que chacune des deux parcelles soit grevée pour moitié[49]. L'on a du considérer que les parts de chaque indivisaires sur un immeuble de quarante-huit découpé en deux parcelles de vingt-quatre, se découpent aussi. La part de l'un comme de l'autre sur l'une et l'autre parcelle est de douze. Par conséquent le constituant a grevé chacune des deux parcelles pour sa part. Le créancier doit diviser ses poursuites. En outre, il serait inéquitable que la charge, qui pèse sur toute la part du constituant, aille entièrement sur une portion plutôt que sur l'autre. Et nous ajouterons ceci que dans l'hypothèse où il y aurait trois copartageants, et que l'immeuble, divisé en deux, irait aux deux non

[49] C'est ce qui ressort de Dig. 20.6.7.4 : "Illud tenendum est, si quis communis rei partem *pro indiviso* (en indivision) dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque *pars pro indiviso pro parte* (au prorata) dimidia manebit obligata." Trad. Hulot : « On doit observer que si un débiteur engage sa moitié indivise dans une chose dont il est copropriétaire, en cas de partage, ce n'est point la portion échue au débiteur qui est obligée au créancier, mais l'obligation du créancier frappe sur la moitié des portions échues à chaque copartageant ». Et de Dig. 33.2 [de usu et usu fructu].31. [Labeo 2 post. a Javoleno epit.] : « Is qui fundum tecum communem habebat usum fructum fundi uxori legaverat : post mortem ejus tecum heres arbitrum communi dividundo petierat. Blaesus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisset, ejus partis, quae tibi optigerit, usum fructum mulieri nulla ex parte deberi, sed ejus, quod heredi optigisset, totius usum fructum eam habituram. ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo conjunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi usus fructus mulieri fuisset, non potuisse arbitrum inter alios judicando alterius jus mutare : quod et receptum est. » Trad. Hulot (modifiée par nous) : « Labéon au liv. 2 des Postérieurs abrégés par Javolénus. Un particulier qui avait un fonds en commun avec un autre, a légué à sa femme l'usufruit de ce fonds. Après sa mort, son héritier a demandé un arbitre à l'effet de partager le fonds commun. Blaesus rapporte que Trébatius avait répondu qu'après que le juge aurait divisé le fonds en portions déterminées, la femme ne pourrait demander d'usufruit sur la part qui serait échue à l'ancien copropriétaire de son mari, et qu'elle aurait l'usufruit en entier de la part échue à l'héritier de son mari. Ce sentiment ne me paraît pas juste : car si avant ce partage la femme a eu l'usufruit sur la moitié indivise de la totalité du fonds, l'arbitre n'a pas pu en jugeant entre les deux propriétaires nuire au droit d'un tiers. Ce dernier sentiment est reçu ». On discute de l'attribution de cette dernière opinion à Labéon et l'on soupçonne une glose postérieure (v. J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 409).

constituants, il n'y aurait aucune raison de faire supporter la charge à l'un plutôt qu'à l'autre.

**308.** SOLUTION DE LA QUESTION DES ACTES ACCOMPLIS *UT UNIVERSI*. — Les cessions dites *ut universi* doivent obéir à cette dernière logique. Lorsque l'indivisaire entend disposer, que ce soit en tout ou en partie, de la quote-part que sa vocation lui donne, non plus, pour reprendre les formules des actuels articles 815-14 et 815-15 du Code civil, sur « un ou plusieurs biens indivis », mais sur « les biens indivis », sachant que les droits successifs sont indisponibles, nous ne voyons pas bien quelle universalité il pourrait désigner pour assiette de ses droits, si ce n'est simplement tous les biens indivis. De la sorte, le lot de chaque copartageant sera frappé, au prorata des droits du disposant. A moins que les parties aient entendu désigner la part concrète que l'indivisaire aura après le partage. Mais en ce cas, vu que dans cette théorie l'on ne sort jamais vraiment de l'indivision, nous ne voyons pas quand cette assiette pourra être définie.

### 2) *Effets fictifs du partage. La fiction législative de déclarativité*

**309.** UNE CONFERENCE A PARIS, EN 1538. — Pour toute doctrine classique, une chose est de déterminer le régime juridique qui découle logiquement de la nature d'une institution, une autre est de décrire son régime en droit positif et d'analyser les points sur lesquels ce dernier diverge du premier. Le droit positif est censé, en la matière, découler d'une conférence d'avocats qui se déroula, un

jour de 1538, au Palais de justice de Paris. Il faut dire que Charles Dumoulin, jeune avocat au Parlement de Paris, qui corrigeait alors les épreuves de son commentaire de la Coutume de Paris, en était au titre premier, celui des fiefs, et, quoique ce matin-là, étant fiévreux[50], il fut absent, dans sa glose il a rendu compte de toute l'affaire[51]. Cela n'a pas peu contribué à la renommée du fait.

**310.** EXPOSE DE LA CAUSE. — Les praticiens se réunissaient pour discuter d'un cas de succession. Sous l'ancienne coutume de Paris (1510), des terres étaient indivises entre quatre frères. La part de l'aîné sur la succession était de la moitié, les autres se répartissaient le restant à raison de chacun un sixième du tout. Le seigneur d'une des terres avait exercé une saisie féodale du chef de l'un des puinés[52]. Le partage fit entrer toute la terre saisie au lot de l'aîné - les puinés étant remplis de leurs droits en se voyant attribuer d'autres terres, qui relevaient

[50] C. Dumoulin, *Omnia quae extant opera*, Paris, 1681,*Ad cons. paris.*, tit. 1 Des fiefs, § 1, gl. 9, n° 43 à 47, parle d'une « quartana et automnali febre laborans ». Le fait est rapporté par M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1905, t.3, n° 2372, p. 515, G. Ripert et J. Boulanger, 4ème éd., Paris : LGDJ, 1951, t.3, n°3112, p. 987 et H., L. et J. Mazeaud, 2ème éd. par M. de Juglart, Paris : Montchrestien, 1971, p. 859, mais non par P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°801, p. 603, A. Colin et H. Capitant, 7ème éd. avec la collaboration de J. Julliot de La Morandière, Paris : Dalloz, 1932, t.3, p. 541 ou Aubépin, « De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français », *Revue critique* 18 (1861), pp. 515-542, enfin il n'est même plus trace du contexte chez MM. Malaurie et Grimaldi. Sur la santé de Dumoulin à l'époque, J.-L. Thireau, *Charles du Moulin (1500-1566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève : Droz, 1980, indique, p. 31, texte et note 80, que Dumoulin compose son commentaire de la coutume de Paris, de 1532 à 1552 (le *Traité des fiefs* parut en 1539), *en dépit* de ses maladies, p. 32, texte et note 82, qu'ensuite de fin 1535 ses travaux sont ralentis par la maladie. Il faudrait consulter (avec prudence, comme il se doit, cf. J.-L. Thireau, Carbonnier), J. Brodeau, *La vie de maistre Charles Du Moulin*… Paris, 1654, qui est aussi dans l'ouvrage de Ch. Dumoulin, *Omnia quae extant opera*, Paris, 1681, t.1, pp. 1-60 ; mais c'est *encore* une pure supposition parfaitement aventureuse que fait M. Le Goff, dans *Du Moulin et le prêt à intérêt. Le légiste. Son influence*, Mégoriotis Reprint, Genève (éd. de Bordeaux, 1905) lorsqu'il écrit, p. 55, que Dumoulin était doté d'un « organisme sain et fort ».
[51] C. Dumoulin, *op. cit., Ad cons. paris.*, titre 1er, § 1, gl. 9, nos 43-47, spéc. 46-47.
[52] Il se lit parfois que le seigneur était le créancier de l'un des puinés, et qu'il saisissait le fief du chef de son débiteur. Mais nous préférons en rester prudemment à cette saisie sans nous risquer sur le terrain des feudistes. Il n'en demeure pas moins vrai que si le cas intéresse notre droit civil c'est qu'il offre une analogie avec la situation du créancier hypothécaire qui saisit un bien, indivis entre son débiteur et une ou plusieurs autres personnes.

d'autres seigneurs. Le seigneur saisissant s'adressa à l'aîné afin d'exercer son droit sur un sixième du fief. Sans doute entendait-il avoir, au temps de l'indivision, exercé valablement sa saisie, dans l'exacte proportion des droits du puiné sur l'immeuble. Mais l'héritier repoussa sa demande et prétendit conserver l'intégralité du fief.

**311. LA FICTION DE L'ARTICLE 883 DU CODE CIVIL. —** Les praticiens décidèrent, en faveur de l'aîné, que la saisie opérée par le seigneur était nulle. Dans sa glose, Dumoulin donnait une opinion dissidente qu'il fondait sur le droit romain[53]. A l'heure où s'écrivent les présentes lignes, la solution adoptée par les praticiens n'a rien de surprenant. C'est celle qu'indique notre droit positif par la formule de l'article 883 du Code civil.: "Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession"[54]. En effet, appliquée à l'espèce, cette règle signifie que le seigneur a agi de manière à l'évidence inefficace, puisque le bien est *censé* n'avoir jamais appartenu à celui du chef duquel la saisie a été exercée.

**312. ORIGINE MATERIELLE DE LA DISPOSITION. —** Faire intervenir, en 2006, une disposition entrée en vigueur en 1803, dans une controverse se déroulant en 1538, est un exercice qui, pour un juriste, ne présente en soi rien de difficile.

[53] A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t.3 (1932), p. 541 : « vainement combattue par Dumoulin ».
[54] Décret du 19 avril 1803, rédaction inchangée par la loi de 1976 qui n'a fait qu'ajouter deux alinéas (la loi du 23 juin 2006 n'a pas touché à l'article 883). Le cas que le législateur est censé avoir eu en vu de régler est bien celui envisagé au XVI[ème] s. (A, Wahl note sous Civ., 17 fév. 1892, *S.* et *P.* 1894.1.417 ; H. Battifol, note sous Civ., 11 janv. 1937, *S.* 1938.1.377).

Mais reconnaissons que c'est procéder bien légèrement avec la chronologie. Le tour, néanmoins, n'est peut-être pas malvenu en l'occurrence, car cette conférence de jurisconsultes de 1538 est demeurée fameuse précisément pour avoir marqué l'inauguration de cette solution en droit français. C'est ainsi qu'à l'origine et au fondement du droit positif l'on trouve une banale réunion de juristes praticiens, à l'endroit où l'on s'attendrait à trouver, si ce n'est, comme aujourd'hui, le débat parlementaire qui a immédiatement précédé sa promulgation, du moins la décision de justice qui, peut-être, l'a adoptée en jurisprudence. C'est qu'il est bien dans la manière du droit savant de s'attacher moins à l'aspect normatif formel et officiel des règles, qu'à leur contenu, à leur sens, à leur matérialité, et, pour tout dire, au contexte casuistique et à l'histoire de leur irruption dans les esprits. Il faut attendre un arrêt du Parlement de Paris en date du 8 janvier 1569 pour avoir une véritable décision de droit positif en la matière[55]. C'est à cet arrêt que se réfère la nouvelle Coutume de Paris, qui est de 1580. L'on cite aussi, toujours dans le sens indiqué par les avocats parisiens, un arrêt en date du 20 juillet 1571, et d'autres du 15 mai 1581 et du 2 août 1595.

**313.** **RETOUR SUR L'EVENEMENT DE 1538. —** Sans doute ne saura-t-on jamais ce qui s'est dit et ce qui s'est pensé ce jour de 1538. Mais il semble qu'en réalité, relativement au moins à son dispositif, la décision prise par les praticiens ne

[55] V. Louet, *Recueil d'arrêts,* 1742, lettre II, somm. 11, n° 2 et 3. Décidé que "le § final de la loi *si consensit* ne se gardoit point au Palais" (G. Ripert et J. Boulanger, 4ème éd., Paris : LGDJ, 1951, t.3, n°3113, p. 987). Raynaud, *op. cit.*, n°801, p. 603 : "Malgré l'opinion contraire de Dumoulin qui avait pour lui le Droit romain, le Parlement de Paris devait juger par un arrêt en date du 8 janvier 1569 que les actes accomplis par un indivisaire sur un bien autre (etc.)"

constitue pas une révolution. Cette solution semble même avoir été traditionnelle, au moins en France et depuis le XVème siècle[56]. Autrement dit, il n’est pas certain que d’après le droit alors en vigueur le cas n’eût pas été traité ainsi qu’il l’a été. Le véritable revirement ne tiendrait pas alors dans le dispositif, mais dans les motifs de la décision[57].

**314.** L’INDIVISION EST CENSEE N’AVOIR JAMAIS EXISTE. — Nous ne savons à quand remonte exactement la formule de l’article 883 alinéa 1er du code civil[58]. Elle contient l’idée d’une fiction[59]. Cette formule est déjà quasi mot pour mot chez Lebrun (1692) : “Chacun des héritiers est réputé avoir eu, du moment du décès, ce qui lui est arrivé dans le partage & n’avoir rien eu dans ce qui ne lui est pas arrivé par le même partage”. La formule développée contient deux redondances. Si l’héritier a succédé seul à tous les effets compris dans son lot, il n’a pas besoin d’avoir succédé immédiatement, et vice versa. Quoi qu’il en soit, si chaque héritier succède ainsi à son lot, il n’y a pas besoin de dire qu’il n’a jamais eu la

[56] Nous renvoyons aux arrêts et à la doctrine (de Azon à Tiraqueau) cité dans son article par Aubépin, « De l’influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français », *Rev. Crit.*, XVI (1859), pp. 27 et 533, XVII (1860), p. 536, XVIII (1861), p. 515 ; v. aussi D. Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris : Leroux, 1930, t.3, fasc. 2, pp. 398 et s. et 455 et s.

[57] Sur la distinction, cf. Labbé, S. 1875.1.449.

[58] Précisons que cette fiction ne doit pas être confondue avec le principe de continuation de la personne. Les deux idées sont indépendantes. La fiction dite de l’effet déclaratif du partage consiste à feindre que l’héritier a succédé seul, et c’est à ce titre qu’il est censé continuer la personne du défunt. Lebrun confond, et Demolombe aussi, qui cite Lebrun (*op. cit*, t.5, n° 263, pp. 297-298). C’est uniquement la fiction de continuation de la personne qui remonte au plus ancien droit coutumier. Cf. Ph. de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, A. Salmon éd., Paris : Picard, 1970, pp. 485-490 (*référence* H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, n°1747, qui font eux aussi la confusion). D. Martin, *op. cit.*, t.2, fasc. 2, pp. 415-416, cite, note 3 p. 458 : “ Ms. Vatican 4790, f° 17 v° : *succession universal par fixion de droit est divisée entre les hoirs si tost comme le trespassé est alé de vie à trespassement et y ont chacun leur part et leur droit, ne l’une partie ne puet ceder ne transposer le droit de l’autre ne chose qui en feust faicte par l’une ne seroit prejudice a l’autre*.”

[59] V. la nouvelle Coutume de Paris.

propriété des autres effets de la succession, ou alors il suffisait de dire cela. Néanmoins, quant à son sens matériel, l'énoncé signifie clairement que si en *vérité* l'héritier n'a pas succédé seul (mais avec ses coïndivisaires), ni immédiatement (mais, en certains cas, par leur intermédiaire), et s'il a eu la propriété des autres effets de la succession, on fera comme si ce n'était pas le cas. De cette manière l'on revient finalement, concernant les actes commis pendant l'indivision, au cadre d'analyse général et très habituel du propriétaire individuel. Le procédé revient, si l'on veut, à effacer rétroactivement toute la période d'indivision, chaque bien étant censé avoir été depuis toujours approprié en parfaite exclusivité par celui des indivisaires que détermine le partage. Mais nous préférons nous en tenir à la lettre du texte, qui, par le terme de "censé" signifie qu'il y a fiction. L'on feint qu'il n'y a pas eu indivision[60].

**315.** **LA FICTION, LA DOCTRINE, LE DROIT POSITIF. —** La fiction remplit une fonction précise dans le cadre de la tradition du droit savant[61]. Soit le dispositif adopté en droit positif coïncide avec ce qu'indique le droit savant, et alors les choses sont dans l'ordre. Soit le dispositif ne coïncide pas et c'est alors que l'on parle de *fictio legis*. Sur le point en question la solution positive perd tout motif rationnel. La fiction prend son sens dans le contexte de la logique, qui est celui du Droit. A une notion se rattache un régime spécifique. Lorsque la définition naturelle de la

[60] L'on présente comme des limites à la fiction le jeu de la prescription et le fait que l'on se place au jour du partage, non au jour de l'ouverture de la succession, pour évaluer les biens (H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*.).
[61] Cf. G. Humbert, « Fictio », *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Paris, 1896, t.2, 2ème partie (F.-G.), p. 1112.

notion ne permet pas de subsumer le cas sous elle, le régime qui y est attaché ne peut naturellement pas s'appliquer. Lorsqu'il s'applique quand même en droit positif, l'on peut dire que le magistrat a fait comme si les conditions d'application étaient remplies. Il a feint de considérer que la notion était présente en fait.

**316.** **EVOLUTION DE LA DOCTRINE. —** Mais dans cette dialectique entre savoir et pouvoir, il faut considérer que le droit positif n'est pas tout seul à varier. Certes, il peut s'écarter de la solution indiquée en doctrine, il peut s'en rapprocher (tel est le sens exact d'une *reformatio* authentique)[62]. Mais tout dépend de ce que l'on tient pour le droit savant et la logique de la nature des choses. Or, ce que l'on tient, à une époque et sous un droit positif donné, pour étant la solution du droit savant, est également soumis à discussion et à variations. C'est ce qui semble s'être passé en l'occurrence.

**317.** **LA FICTION DE DECLARATIVITE SUPPOSE LA NATURE TRANSLATIVE DU PARTAGE. —** Si l'on pense que l'effet déclaratif s'obtient *artificiellement*, en vertu d'une *fiction* de la loi[63], c'est forcément que l'on adhére au système qui dit que son effet rationnel et naturel est translatif. Avant de percevoir la solution du droit positif comme une fiction de déclarativité, peut-être a-t-il fallu, si ce n'est modifier, figer, au moins, au fond, le jugement du droit savant. C'est ici qu'est intervenu Charles Dumoulin (1500-1566). Encore fallait-il penser que la nature

[62] En ce dernier cas, la solution qu'indique la raison (celle-ci, comme souvent, est contenue dans le droit romain) passe pour ainsi dire dans le dispositif des décisions reçues en droit positif.
[63] F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°974, p. 787.

des choses dictât un effet translatif au partage pour que le droit positif apparût comme *fictio legis*. Le changement intervenu au XVIème siècle tiendrait alors moins dans un changement dans le dispositif des solutions adoptées, que dans un bouleversement qui touche leurs motifs.

**318.** CONSECRATION DE LA DOCTRINE DE CHARLES DUMOULIN. — L'attitude de Dumoulin participe assurément de cet effort doctrinal pluriséculaire qui consiste à infuser le droit romain dans le droit positif[64]. Le droit romain était encore considéré à l'époque comme l'expression même d'un droit rationnel et divin. La logique de la *fictio legis* s'est perdue depuis. Déformée, elle a été très critiquée au tournant des XIXème et XXème siècle. L'histoire a retenu qu'un beau jour de novembre 1538, le droit français n'avait pas reçu la solution précaunisée en droit romain[65]. Mais écarter le droit savant sur le mode de la fiction, c'est reconnaître l'endroit où se tient la vérité. Et ce qui est resté figé dans la lettre de l'article 883, c'est une conception doctrinale, censée être celle des romains, que le législateur français a approuvée par le fait même qu'il ne l'a pas suivie.

[64] L'on cite parfois une autre espèce, de 1538, dans laquelle le fisc était en cause. C. Demolombe, *op. cit.*, n°256, pp. 287-288 : "Il n'est peut-être aucune autre époque, dans les annales de notre droit, qui nous montre le génie des jurisconsultes français luttant avec plus de souplesse et de persévérance contre les prétentions de la féodalité." Cf. R.-Th. Troplong, « Quelques aperçus historiques sur l'influence des légistes sur la civilisation française », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1835, t.1, pp. 401-416, t.2, pp. 1-24 (il s'appuie beaucoup sur Michelet), et C. Schmitt, « La formation de l'esprit français par les légistes », texte paru en allemand à Paris en 1942, trad. J.-L. Pesteil, dans C. Schmitt, *Du Politique. Légalité et Légitimité et autres essais*, Puiseaux : Pardès, 1990.

[65] Idée commune en doctrine, v. H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°1747, pp.880-881.

## B) Point de vue de la doctrine du partage-expropriation

**319.** NATURE DES CHOSES ET DROIT POSITIF. — Il s'agit de procéder pour cette branche de l'analyse classique de même que pour la précédente, en donnant d'abord son point de vue relativement à la nature des choses, puis au regard du droit positif.

### 1) *Droit naturel*

**320.** SOLUTIONS PROMUES. — Pendant l'indivision, l'indivisaire est un propriétaire comme un autre. Il peut disposer de son droit comme il l'entend. Il peut le céder, tout comme il peut grever un bien de droits réels. Son ayant droit est simplement soumis comme lui aux contraintes dues à la présence des autres indivisaires. Après le partage l'indivisaire comme son ayant droit connaissent enfin, grâce à la fraction de la masse et à l'attribution des parts, l'objet du droit propre et exclusif de chacun.

**321.** CARACTERE *SUI GENERIS* DU PARTAGE. — Le point fondamental de discorde d'avec la précédente doctrine tient à ce que selon le présent système le partage est bien loin d'un acte banal. Il commande le sort de tous les autres, qui ne sont que provisoires et faits en prévision de lui. L'essentiel a été dit avec la théorie du partage. Tout doit y être rapporté et c'est de là que tout doit partir[66].

[66] Cf. F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, n°251, p. 264 (« La compréhension des mécanismes de l'indivision est impossible sans celle des principes du partage car l'indivision est une situation conçue en fonction du partage ») et n° 293, p. 299 (« La théorie de l'indivision est indissociablement liée à celle du partage en raison du principe même de l'effet déclaratif qui fait dépendre du partage le sort de actes accomplis au cours de l'indivision. »)

**322.** **Distinction cruciale. —** En tout cas le point de vue égoïste du propriétaire triomphe. Tout dépendra de l'identité de l'indivisaire au lot duquel le bien tombera. De deux choses l'une :

**323.** **1° Attribution du bien a l'acteur. —** Le bien entre dans la composition du lot de celui qui l'a administré ou qui en a disposé. L'indivisaire auteur de l'acte est finalement propriétaire du bien qui en avait fait l'objet. L'acte par lui commis est donc confirmé, cependant que tombe l'obstacle à sa pleine efficacité que pouvait former la présence des autres copropriétaires. L'opération devient désormais opposable à tous. Il n'est pas besoin de parler de fiction ou de rétroactivité parce que l'indivisaire a toujours été, dès l'ouverture de la succession, propriétaire du bien. L'ayant droit de l'indivisaire n'est pas, s'il est étranger à l'indivision, successeur du défunt. Il ne peut donc pas être propriétaire à l'instant de l'ouverture de la succession. Mais il ne s'agit pas non plus d'ignorer qu'il y a eu une période d'indivision. L'acte ne prend pas effet le jour du partage. Il devient seulement pleinement efficace ce jour-là. Lorsque l'indivisaire cédant se voit attribuer le bien lors du partage, cela signifie que la phase durant laquelle il en a été propriétaire ne s'effacera plus. L'acquéreur est donc l'ayant droit de l'indivisaire à compter du jour de l'acte opéré avec l'indivisaire. Autrement dit, pour la période qui va de l'acte de cession au partage, il est permis de considérer que l'ayant droit, s'il est étranger, a été membre de l'indivision. Mais cela signifie aussi que le cessionnaire du bien doit

respecter les droits réels constitués par son cédant du temps où il était encore propriétaire.

**324.** **ACTES *UT UNIVERSI*. —** Cette logique vaut également pour les actes *ut universi*, c’est-à-dire pour ces actes (vente, amiable ou forcée, ou hypothèque) par lesquels l’indivisaire dispose, pour sa part, de tout ou partie de l’ensemble de la masse indivise. Pendant l’indivision le droit du successeur du défunt frappe toute la surface de la masse, rien, par conséquent, ne s’oppose à ce qu’il en dispose. L’objet d’un tel acte se restreint, simplement, le jour du partage, comme le droit de l’indivisaire, aux seuls biens compris dans le lot de ce dernier. Disposer des biens *ut universi* revient à désigner l’ensemble des biens qui figureront au lot du disposant. Ici aussi le titre de l’ayant droit ne remonte pas plus au jour de l’ouverture de la succession qu’à celui du partage, mais seulement à celui de l’acte. L’étranger n’est propriétaire que depuis la cession *ut universi*, il est, par conséquent, dans cette mesure, l’ayant droit de l’indivisaire cédant, et il doit supporter les charges constituées au préalable par ce dernier[67].

**325.** **CESSIONS PARTIELLES. —** Notons que lorsque l’indivisaire ne cède qu’une partie de ses droits sur un bien, sur plusieurs ou sur le tout, cela introduit, à compter de l’acte, entre lui et le cessionnaire, un espace pour une indivision dont

[67] Cf. la position fluctuante de Dumoulin relativement à la distinction entre copartageant et étranger, dans Aubépin, « De l’influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français », *Rev. Crit.*, XVIII (1861), pp. 515-542, et l’idée que la cession *ut universi* à un étranger est translative de droits, tandis qu’à un indivisaire il y a un doute, H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°1764, p. 888.

le régime sera celui que nous avons vu appliqué, par la doctrine précédente, à l'ensemble de la question.

**326.** **2° ATTRIBUTION DU BIEN A L'INACTIF. —** Lorsqu'au contraire le bien figure au lot d'un autre que l'auteur de l'acte, tous les actes qu'aurait pu effectuer l'indivisaire, sur des biens dont la propriété lui a échappé, se trouvent privés de sens. Sauf les actes conservatoires. L'indivisaire non consentant voit confirmé son point de vue, selon lequel, rappelons nous, l'opération, effectuée sur le bien d'autrui, n'était pas valide. Cette partie de l'analyse est conservée, et elle reste seule. Aux yeux de l'indivisaire au lot duquel le bien est tombé l'acte demeure définitivement ce qu'il n'a cessé d'être dès le départ, valable s'il est effectué de son chef, nul autrement. Le point de vue du propriétaire inactif l'emporte définitivement sur celui de l'acteur qui considérait encore jusque-là l'acte en cause comme valide quoiqu'inopposable. Et l'indivisaire dépossédé n'a aucun droit de suite sur les biens entrés au lot de son copartageant.

**327.** **INUTILITE DE LA RETROACTIVITE. —** Ici non plus cela ne signifie pas que la phase d'indivision soit effacée. Il n'est pas nécessaire d'en appeler à l'effacement rétroactif de toute la période d'indivision. En effet, durant la période d'indivision, le bien, aujourd'hui échu au propriétaire, était également la propriété d'une personne qui en disposait. Mais cet acte était inopposable à celui qui n'y consentait pas. Quel besoin y aurait-il de revenir sur cette période ? Il serait tout de même invraisemblable que la phase d'indivision produise, après le

partage, un effet qu’elle était incapable de produire avant. On ne peut donc toujours pas opposer au propriétaire actuel des actes qu’il n’a pas fait siens. Pas plus avant qu’après le partage, lorsqu’en outre leurs auteurs ont perdu tout droit. Ensuite du partage l’ayant droit d’un indivisaire dépossédé se verra opposer le titre du vrai propriétaire.

**328.** LE CAS DES ACTES ENTRE INDIVISAIRES. — Le même raisonnement vaut lorsque l’acte, pendant l’indivision, a été fait au profit d’un indivisaire. C’est-à-dire lorsqu’auteur et ayant droit sont tous deux indivisaires, il faut, là aussi, distinguer, relativement à un acte, en fonction de ce que son auteur est attributaire ou non du bien qui en était l’objet. La première hypothèse est celle où le bien tombe au lot de l’indivisaire auteur. C’est donc lui le seul et unique ayant cause du *de cujus*, et son coïndivisaire devient un tiers. L’acte qui a eu lieu entre eux prend toute sa vigueur et les rôles d’auteur et d’ayant droit son parfaitement répartis. Celui que le partage a privé de son droit est l’ayant droit de l’attributaire du bien, à la date de l’acte. Dans une seconde hypothèse, le bien tombe au lot de l’indivisaire ayant droit. En ce cas, l’auteur de l’acte étant privé de son droit, cela signifie que l’acte est nul. Cela revient au même que si le bien était tombé au lot d’un troisième indivisaire.

**329.** LE CAS D’UNANIMITE. — L’unanimité ne change rien non plus à l’analyse. Au cas où une vente aurait lieu du consentement de tous, là encore il est visible qu’avant le partage l’auteur définitif de l’acte est incertain. Seul le partage lève

l'incertitude sur l'identité de l'auteur de l'acte. L'unanimité ne fait qu'écarter le risque encourru lorsque un seul ne consent pas. Parce qu'en ce cas l'opération demeure suspendue au résultat du partage, qui peut faire que l'immeuble tombe précisément au lot de cet héritier-là.

C'est pourquoi lorsque la vente ou l'hypothèque aura été consentie unanimement par les indivisaires, le tiers aura la certitude de la validité définitive de l'opération. Tout simplement parce qu'elle sera valide quel que soit l'héritier auquel le bien sera finalement attribué. Mais si l'unanimité lève l'incertitude relativement à la validité de l'acte, elle ne dit pas qui en est l'auteur. L'unanimité ne dit pas qui se verra attribuer le bien. Le point est décisif en cas de vente, par exemple, car en disant qui est propriétaire, et donc vendeur, seul le partage dira qui est créancier du prix.

**330.** SITUATION DES CREANCIERS DEVANT LES ACTES ACCOMPLIS A L'UNANIMITE. — L'acheteur qui considérerait devoir le prix à tel indivisaire, et qui même paierait directement le créancier personnel de celui-ci, prendrait le risque de voir le bien échoir à un autre indivisaire. Ce serait au tiers, alors, de payer le véritable créancier, quitte à exercer son recours, contre un *accipiens* possiblement insolvable. C'est pourquoi les règles qui gouvernent les effets du partage n'intéressent pas seulement les indivisaires et leurs ayants droit, mais autant, si ce n'est plus, les créanciers personnels des indivisaires. Il leur importe au

premier chef de savoir à qui est dû le prix de vente, parce que tout ce qui touche les biens indivis met en cause leur gage.

**331.** INUTILITE POUR LE CREANCIER DE SAISIR UN BIEN INDIVIS. — Les règles de la gestion de l'indivision expliquent normalement ce qui, dans l'indivision, freine l'action des créanciers personnels des indivisaires. Il leur est inutile de saisir et de faire vendre un bien dont l'acquéreur exigera que le prix soit remis à un séquestre, jusqu'au partage, ou même ne soit pas payé d'ici à ce que l'on connaisse l'identité de l'indivisaire créancier du prix. Les créanciers personnels d'un indivisaire sont en quelque sorte freinés par l'obstacle de l'indivision, qu'ils doivent franchir, par le partage, s'ils veulent réaliser le gage de leur débiteur. C'est pourquoi il est de tradition que les créanciers des indivisaires doivent attendre le partage, ou le provoquer, par l'action oblique[68]. Mais dans le franchissement de cet obstacle rien ne leur garantit que le bien qu'ils ont en vue ira à leur débiteur. A cet égard les coïndivisaires de leur débiteur leurs sont en quelque sorte préférés.

### 2) *Droit positif*

**332.** OPPOSITION AU SEIN DE LA DOCTRINE CLASSIQUE. — En conclusion, la doctrine du partage-expropriation est placée devant un cas très différent de celui qui se

[68] Ancien art. 2205 C. civ. « Néanmoins, la part indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable, ou dans lesquels ils ont le droit d'intervenir conformément à l'article 882, au titre *Des Successions*. »

présente pour la doctrine du partage-cession de quotes-parts. Du point de vue de celle-ci il y a contrariété du dispositif par elle indiqué et de celui qu'impose la loi, en droit positif. C'est pourquoi elle analyse celle-ci en terme de fiction de déclarativité. Sur la fiction en tant que telle, et sur l'opportunité de son usage en l'occurrence, tous les partisans du droit savant traditionnel seront d'accord. Ce sont seulement les positivistes qui honnissent les fictions. En revanche, du point de vue de la doctrine du partage-expropriation, il était parfaitement inopportun d'introduire une *fictio legis* pour expliquer la solution conforme à la raison naturelle.

**333.** AVEUGLEMENT DES GERMANISTES SUR CETTE OPPOSITION. — Les partisans de la propriété collective ont dès lors eu beau jeu de défendre le réalisme et la vérité contre l'arbitraire et l'artifice. Mais ils se sont trompés en liant absolument l'effet translatif à la conception classique.

**334.** FONDEMENTS THEORIQUES DE LA DOCTRINE CLASSIQUE. — Car du point de vue du partage-expropriation les solutions auxquelles conduit l'article 883 du Code civil sont justes. Ce sont seulement les motifs, donnés par la loi, la jurisprudence et la doctrine dominante, qui, en revanche, contredisent son propos. Dès lors, les solutions tiennent, par substitution de motifs. Les motifs relèvent de la sphère de *l'auctoritas*, non proprement de la *potestas*. C'est le dispositif des décisions qui appartient spécifiquement à la *potestas*. Lorsqu'un juge ou un législateur motive sa décision, il fait œuvre d'*auctoritas*. La contrainte ne pèse pas, pour la

doctrine, à l'endroit des motifs, c'est seulement au dispositif qu'est due l'obéissance.

**335.** **COÏNCIDENCE DES SOLUTIONS DU PARTAGE-EXPROPRIATION ET DU PARTAGE SELON LES GERMANISTES. —** Sur ce point, la discussion entre classiques et germanistes n'est plus que doctrinale, car la solution du cas de l'acte de disposition accomplis par un indivisaire sur un bien indivis est la même d'une théorie à l'autre. Mais si les analyses différent si radicalement d'une théorie à l'autre, l'on pressent bien que cela aura de l'importance dès lors que le contexte changera.

## § 2
## *Les licitations et la définition du partage au sens de l'article 883*

**336.** **POURSUITE DE L'ECLAIRCISSEMENT DE LA CONTROVERSES ENTRE LES DEUX DOCTRINES CLASSIQUES. —** La querelle voit s'affronter les partisans des deux théories ci-dessus distinguées, et la polémique se nourrit de ce que personne ne comprend vraiment le point de vue d'autrui autrement que depuis sa propre position. Et cela a lieu, depuis un siècle et demi, pour le plus grand bonheur du courant germaniste antijuridique et antidogmatique. Nous tenterons au contraire d'éclaircir la cause en la présentant sous l'un puis sous l'autre des points de vue.

### A) Les licitations et la définition du partage selon la doctrine de la cession des quotes-parts

**337.** **CARACTERE INAUGURAL DE L'OPINION DE DUMOULIN. —** Les querelles relatives à la notion de partage et à la validité des aliénations qui le précèdent remontent peut-être à la fin du premier siècle avant Jésus-Christ, voire dès avant l'époque de la loi des douze tables[69]. Mais il est certain que la position adoptée, en droit français, ensuite de Dumoulin, leur a donné un tour particulier. L'analyse des effets du partage, par tout un courant doctrinal, en terme de fiction, a ouvert une ère jurisprudentielle qui ne s'est peut-être pas complètement refermée aujourd'hui, même après le grand arrêt Chollet (1907)[70].

[69] G. Dumézil, *Idées romaines*, Paris : Gallimard, 1969, p. 11 : « Peut-on déterminer à quelle époque la pensée romaine, par la combinaison de l'héritage indo-européen et des produits de son génie propre, a pris la forme originale que nous lui connaissons dès les premiers textes littéraires et qui, jusqu'au temps d'Auguste, n'a guère varié ? En particulier à quelle époque le droit romain, -- droit religieux et droit civil et aussi, par les fétiaux, droit international – qui paraît bien être l'ouvrage le plus caractéristique de Rome quand on le compare aux autres sociétés indo-européennes, s'est-il constitué, avec sa casuistique déliée, ses règles raisonnées, colorant de proche en proche toute l'activité publique et privée ? (…) dès la fin des temps royaux, et sans doute plus tôt encore. (…) reconnaissance, à Rome, d'un riche et vivace héritage indo-européen avec tout ce qu'il comportait de réflexion et d'explications traditionnelles ; la constatation que des techniques aussi complexes que l'*augurale ius* et le *ius civilis* étaient déjà constituées dès la fin des temps royaux, avec la réglementation rigoureuse que nous leur connaissons au seuil de l'Empire. (…) estimable niveau d'activité intellectuelle (…) pensée elle-même avide de précision. »

[70] L'affaire Chollet fournissait précisément un cas typique pour une application de la fiction de l'effet déclaratif du partage de l'article 883. Chollet, créancier personnel de Paul-Xavier, l'un des trois indivisaires, avait, pendant l'indivision, pris inscription d'une hypothèque. Dans le cadre de ce système, au lieu de naturellement valoir au prorata de la part idéale du constituant dans l'indivision, l'hypothèque, lorsque l'immeuble n'est pas attribué à celui du chef duquel elle a été constituée, est inefficace comme constituée sur le bien d'autrui. Effet heureux, en l'occurrence, vu que le constituant, insolvable, étant par ailleurs tenu à un rapport qui épuisait sa part (cf. n°422), n'eut précisément pas été attributaire de l'immeuble. Si l'on avait partagé normalement, les immeubles eussent échus aux lots de ses cohéritiers. Mais une licitation avait dû précéder le partage, ses cohéritiers étant incapables – faille introduite dans la procédure, comme en cas de minorité, cf. J. Berriat Saint-Prix, *La vente du mobilier des mineurs*, Paris, 1837, pp. 10-11. D'où leur exclusion. Avec Ch. réun. 5 déc. 1907, 2ème attendu, la thèse germaniste, en intégrant la créance de prix à la masse partageable, la soumet à l'art. 883 (cf. au texte).

**338.** **PIERRE D'ACHOPPEMENT : CONFUSION DE L'ACTE DE PARTAGE ET DE L'ACTE DE CESSION. —** Les fictions, comme les exceptions, sont d'interprétation stricte[71]. Par conséquent, du point de vue de la doctrine des translations de parts, la disposition introduite en droit positif par un arrêt de 1569, ne peut pas s'interpréter autrement que comme visant strictement le partage. Mais il est très difficile, dans le cadre d'une théorie qui ne conçoit pas de différence entre partage et cession, qui analyse le partage en terme de cessions, et qui conçoit que la cession conduise à la sortie de l'indivision, de définir la notion de partage[72]. Cela explique que les discussions sur le champs d'application de la fiction de l'article 883 durent encore.

**339.** **CERTAINES ALINENATIONS ECHAPPENT A LA FICTION DE DECLARATIVITE. —** Pour notre part la question nous semble pouvoir clairement être abordée sous la forme d'une distinction, qui, précisément, la génère et la complique. Il y aurait essentiellement à discerner deux types d'aliénations. D'un côté il y aurait des aliénations directement constitutives du partage, celles-ci sont soumises à l'effet déclaratif, et l'acquéreur reçoit les biens qui en font l'objet pour leur tout et purgés de toute charge qui n'a pas été constituée de son chef[73]. De l'autre côté il y aurait des aliénations, antérieures au partage, mais supposées avalisées par lui

[71] L'argument est dans l'attendu de principe de l'arrêt Fabrègue, Grenoble, 27 janv. 1859 (arrêt cité sous Civ. 14 déc. 1887, *D*. 1887.1.385) : « la fiction (…) étant une disposition de droit étroit, doit être restreinte au cas qu'elle a prévu ».
[72] Le rapport est absolument logique entre l'effet du partage, c'est-à-dire son régime, et la définition de sa notion. C'est pourquoi cette question est toujours posée. Cf. Labbé, S. 1875.1.249.
[73] C. civ., livre 3, Titre 6 *De la vente,* Chap. 7 *De la licitation* : art. 1686 à 1688.

en ceci qu'il ne les remet pas en cause et que leur objet n'entre pas dans la masse partageable. Cela signifie que le bien n'est pas sorti de l'indivision en vertu du partage, mais par un autre acte, et à la date de cet autre acte. Le titre de l'ayant droit remonte ainsi à une date qui précède le partage[74]. Dès lors, si l'aliénation échappe au partage, elle échappe également à la *fictio legis* de l'effet déclaratif. Autrement dit, et très logiquement, la phase d'indivision qui a précédé l'aliénation n'est pas effacée. L'acquéreur du bien est l'ayant droit de tous les indivisaires, au prorata de la part de chacun sur le tout. L'obligation générée par la vente se divise, dès lors, dans les mêmes proportions, entre tous les auteurs.

**340.** **REGIME SPECIAL DE CES ALIENATIONS. —** La même logique veut que les actes qui ont eut lieu, du chef d'un indivisaire, dans l'intervalle compris entre l'ouverture de la succession et l'aliénation du bien, perdurent, au prorata des droits de leur auteur. Le partage ne remet donc pas seulement en question la validité de l'aliénation, mais, par le fait même, tous les actes qui ont précédé celle-ci. L'ayant droit, en particulier, est tenu de respecter les charges et les droits réels constitués, du chef de l'un ou l'autre indivisaire, avant la sortie de l'indivision. L'hypothèse pour que la question du sort des droits réels se pose, c'est que le bien ait été aliéné pendant l'indivision. Sinon il se retrouvera dans la masse, le jour du partage, et la fiction de l'effet déclaratif s'appliquera. Par

[74] Dans un arrêt Lanouaille, Civ. 4 déc. 1866, que nous retrouverons (*infra* n°766) parce qu'il concernait une créance successorale, la Cour formula cet argument : « pour que les biens aient une chance de jamais figurer au lot d'un héritier, et d'être ainsi sensés avoir toujours été, dès l'ouverture de la succession, la propriété exclusive de ce dernier, encore faut-il qu'ils figurent encore dans la masse partageable lors du partage ».

conséquent, la question des droits réels constitués se rattache à celle, préalable, de l’autonomie de l’aliénation par rapport au partage. Sortis de l’hypothèse de l’aliénation qui échappe au partage, toutes les autres aliénations sont soumises à l’effet déclaratif du partage.

**341.** **DROIT DU CREANCIER HYPOTHECAIRE DU CHEF D’UN INDIVISAIRE SUR LE PRIX DE CES ALIENATIONS. —** Toujours est-il que, si la fiction ne joue pas, cela valide les hypothèques prises du chef des indivisaires, pour leur part, par leurs créanciers, sur le bien indivis. Le créancier hypothécaire pourra exercer, dans cette proportion, son droit de suite sur le prix de vente dû par l’acquéreur du bien, ou par un sous-acquéreur, si le premier n’était pas adjudicataire (cf. Arrêt duc de Rivoli). La fiction a été introduite pour justifier une solution protectrice du lot de chaque copartageant contre les actes ayant été commis par les autres. Mais ici il n’est pas question de lot, par conséquent l’acquéreur et, éventuellement, les sous-acquéreurs, supportent ce poids.

**342.** **QUESTION DU CRITERE DE CES ALIENATIONS. —** Il importe surtout de saisir que le cas de figure de l’aliénation hors partage est d’autant plus problématique que la notion de partage l’est elle-même. Car du côté du partage, le problème est de savoir quelles aliénations en font ou non partie. A quel régime soumettre des aliénations qui, sans être peut-être exactement l’instrument immédiat du partage, entrent, néanmoins, dans ses opérations préalables et préparatoires. Il est en particulier des ventes, amiable ou en justice, qui sont clairement des étapes

préalables du partage. En effet, lorsque l’on ne peut ou ne veut parcelliser le bien et qu’aucun des copartageants ne souhaite ou ne peut se le voir attribuer en entier sous la contrepartie d’une soulte, l’immeuble doit être vendu. En outre, la licitation est obligatoire, soit en présence de mineurs parmi les indivisaires[75], soit à la demande de l’un d’entre eux. De telles ventes échappent-elles à la fiction ? C’est la notion d’un partage anticipé.

**343.** **Aporie du simili-partage.** — Et réciproquement, si l’on revient à l’aliénation qui y échappe, quand bien même admettrait-on la catégorie, il resterait, au vu de la difficulté à définir le partage, à en préciser les limites. Quand bien même cernerait-on le cercle exact des aliénations directement constitutives du partage, est-ce qu’une aliénation qui lui serait antérieure et extérieure, mais qui aurait, comme lui, la vertu de faire échapper le bien à l’indivision, ne constituerait pas, en elle-même et par cela seul, déjà, un partage ? Dès lors la fiction lui serait applicable. C’est la notion d’un partage partiel.

**344.** **Criteres proposes dans la controverse.** — L’on comprend alors que l’on se soit demandé s’il était déterminant de l’une comme de l’autre des deux catégories de savoir si les quotes-parts aliénées par les indivisaires parties prenantes portent sur un seul bien, sur plusieurs, ou sur tous (*ut universi*). Et aussi s’il importait que ces mêmes quotes-parts soient cédées pour le tout ou pour partie. S’il fallait que tous, absolument, participent à l’un ou l’autre de ces

[75] Ce cas n’existe plus, et depuis la réforme du 23 juin 2006 le partage en justice n’est plus obligatoire en présence d’un mineur (C. civ., ancien art. 838 al. 2, art. 836 al. 2 nouveau). V. aussi ancien art. 827 al. 2.

actes[76]. L'on a discuté du statut respectif de la vente amiable et de la vente en justice (licitation)[77]. Aujourd'hui nous pouvons ajouter le cas des ventes faites à défaut de l'accord de certains mais avec l'autorisation judiciaire[78]. L'on a distingué, encore, en fonction de ce que l'acquéreur était lui-même membre originaire de l'indivision ou étranger[79].

**345.** INCONSEQUENCE DE CES DISCUSSIONS. — Pour notre part nous ne voyons pas l'intérêt d'entrer dans tous les méandres de querelles dont les prémisses sont aporétiques. Nous ne croyons pas qu'il y ait d'autre issue à ces controverses que d'en expliciter les tenants. Sinon, il n'est que d'en appeler à l'intervention *ex machina* du législateur, puisque c'est lui qui a introduit l'exception. Et c'est ainsi que le ciel de l'histoire de l'indivision, semble, depuis le commentaire de Dumoulin, s'être couvert de noirs nuages que perce, ici où là, l'éclair des interventions jurisprudentielles ou législatives[80].

[76] Par exemple, sinon, en cas d'aliénation pendant l'indivision, le non consentant renvoi la solution au partage. Il faudrait imaginer que l'objet de l'aliénation tombe collectivement aux lots de tous les auteurs pour que celle-ci soit validée avec la portée voulue (ainsi, entre eux, il n'y aurait pas sortie de l'indivision, quoi qu'il y eût partage). Il est vrai que l'on peut aussi supposer que ce soit l'opposant qui sorte de l'indivision préalablement à l'acte, et relativement à son objet.
[77] C'est peut-être le critère décisif. V. aussi *infra* n°664.
[78] Le cas d'autorisation rappel celui du créancier successoral. De même que *le créancier successoral, en poursuivant tel indivisaire plutôt que tel autre, détermine que ce sera celui-là l'attributaire du bien saisie*, de même, le juge, en autorisant la vente réclamée par tel indivisaire au refus de tel autre, détermine que le bien ira à celui qui vend plutôt qu'à celui qui ne vend pas. Ce serait un raisonnement logique. Mais ce n'est pas celui de l'article 883 actuel.
[79] V. dans l'affaire *de Martelles* les arguments du pourvoi contre Dijon, 20 mars 1889 (S. 1889.2.179, P. 1889.1.980) ; arrêt cassé par Cass., 17 fév. 1892 (S. et P. 1894.1.417, note A. Wahl). V. H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°1764, pp.888 et 1762, p.887 ; Ph. Malaurie, 4ème éd. avec le concours de P.-J. Claux et N. Gouzigou Suhas, Paris : Cujas, 1998, n°994, p. 527 et n°990, p. 524.
[80] Que l'on nous pardonne d'utiliser pour une fois une image que nous ne faisons qu'emprunter à A.Whal qui disait que l'orage était couvert par la voix puissante de Dumoulin.

**346.** ***CASUS* DE L'INDIVISAIRE ADJUDICATAIRE. —** A cause des questions, que pose le droit positif, en accordant des privilèges à certains créanciers, nous devons simplement traiter, en fait d'aboutissants, du cas de l'immeuble, adjugé, sur saisie ou pour le partage, au profit d'un indivisaire ou d'un étranger. Pour ce faire, il faut retracer briévement l'historique de ce cas. L'on a d'abord distingué, au XVI[ème] siècle (il semble que ce soit Dumoulin), selon que l'on admettait ou non des étrangers dans la licitation. Lorsque l'on n'appelait pas d'étrangers, l'acte était soumis à la fiction, de telle sorte que l'indivisaire soit acquéreur d'un bien purgé de toute charge constituée du chef des autres. La difficulté aurait porté, semble-t-il, sur la pertinence de cette distinction, avec le cas d'une participation des étrangers aux enchères, avec adjudication au profit d'un indivisaire. Mais l'on appliqua également la fiction en ce cas, de sorte que la distinction fût condamnée. Tout dépendait de savoir si l'adjudicataire était étranger ou membre. S'il était étranger, le bien vendu échappait au partage, la vente était translative, avec toutes les conséquences que cela comporte[81]. S'il

[81] En effet, la difficulté, dans le cadre de cette analyse, c'est que lorsque l'adjudicataire est étranger il n'est plus possible de le tenir pour seul propriétaire depuis l'ouverture de la succession. Il ne peut l'être que du jour de l'adjudication. Qui sont alors ses auteurs ? Normalement chaque héritier pour sa part. En l'occurrence de l'affaire Chollet, *un étranger* s'était porté adjudicataire, de sorte que la réalité devait normalement reprendre ses droits sur la fiction (les fictions sont d'interprétation stricte). La thèse de Chollet était que l'adjudicataire soit tenus hypothécairement dans la proportion de la part de Paul-Xavier son auteur. Tel était la thèse défendue par Chollet en 1[ère] instance devant le tribunal de St Claude. Contredit de Chollet, *dixit* tribunal civil de Saint Claude, 28 avril 1901 : « Chollet soutient que c'est à tort qu'on aurait attribué à la liquidation dressée par le notaire les effets déclaratifs du partage ; que, les immeubles licités n'ayant pas été adjugés à l'un des cohéritiers, l'effet déclaratif du partage ne pouvait se produire. » Sur ce terrain, réponse du tribunal : « il importe peu que les immeubles aient été acquis par des tiers ou par des cohéritiers. » *Dixit* Besançon : devant le tribunal « Chollet (…) a soutenu que, les immeubles indivis ayant été adjugés à des tiers étrangers, ce n'était point les règles du partage qu'il fallait appliquer aux faits de la cause, mais les principes de la vente. »Tout le monde, la cour d'appel de Besançon et Civ. 21 juin 1904 le suit jusqu'ici. Et même, mais le problème sera repris en amont, Lyon, 29 mars 1905 : « le droit hypothécaire est

était indivisaire, la vente avait un effet déclaratif[82]. C'est à cette jurisprudence d'ancien régime que nous devons l'incise, qui, dans l'article 883, précise, de six mots entre deux virgules, que la fiction s'étend, de l'indivisaire auquel le bien advient par le partage, à celui qui s'en porte acquéreur par licitation : « *Chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets* compris dans son lot, *ou à lui échus sur licitation* (etc.)."

**347.** ***CASUS*** **DE L'ETRANGER ADJUDICATAIRE. CHOLLET. QUESTION OUVERTE. —** Dans le cas de l'indivisaire adjudicataire, qui n'est pas l'ayant droit de ses coïndivisaires, il est difficile de dire si l'exception au principe romain introduite en droit français, est étendue, du partage, à des licitations qui lui sont étrangères, ou si de telles licitations sont analysées comme autant de partages partiels, qui seraient soumis, malgré leur nature imparfaite, à la fiction[83]. L'on ne peut pas non plus trancher le point de savoir si, lorsque l'adjudicataire est un étranger, la licitation est autonome par rapport à tout partage et par rapport à toute notion de partage, ou si elle a réalisé un partage partiel mais qui échappe, en vertu de sa nature

transporté sur le prix. »

[82] Cf. R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.2 et t.3, n°515, : « Lorsque, sur une licitation dans laquelle les étrangers ont été admis à enchérir, l'héritage est adjugé à un étranger, la licitation est un vrai contrat de vente que les licitants lui font de l'héritage licité ; contrat qui produit de part et d'autre toutes les obligations que produit le contrat de vente. Mais lorsque c'est un des cohéritiers ou copropriétaires qui se rend adjudicataire, la licitation est regardée, en ce cas, comme une espèce de partage ou acte dissolutif de communauté, plutôt que comme une vente. » Dans l'affaire Chollet, si les copartageants Amicie et Louis s'étaient portés adjudicataires, la fiction de l'effet déclaratif eût pu jouer sans difficulté, car en ce cas quoique la licitation ait eu lieu avant le partage, elle pouvait être considérée comme une opération préalable de celui-ci.

[83] Pour la première solution, M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°915, p. 898 ; pour la seconde, A. Sériaux, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1986, n°178-a. Cf. J. Maury et H. Vialleton, 1re éd., Paris : LGDJ, 1928, n°651, p. 751. Le partage partiel est prévu à l'art. 838 C. civ. ; comp. le sursis au partage, qui peut ne s'appliquer qu'à certains biens (art. 815 al. 2), l'attribution éliminatoire (art. 815 al. 3).

imparfaite, à la fiction. En bref, le régime juridique d'une sortie de l'indivision hors partage final et global reste problématique. L'essentiel, était, semble-t-il, que la vente ne soit pas translative lorsque c'est un héritier qui se porte acquéreur. Cela a tranché un point, mais en laissant ouverts toute une série de *hard cases*, qui ont donné lieu à une crise jurisprudentielle particulièrement intense, et exactement contemporaine de la montée dans les esprits des idées de propriété collective. Cette crise va de l'arrêt Touzet (1887), qui avait tranché en faveur d'un effet translatif de la licitation, jusqu'à l'arrêt Chollet (1907), qui trancha en sens contraire, en passant par un conflit de vingt ans entre les juges du fond et la Cour de cassation[84]. Cette crise a donné lieu à l'intervention des

[84] La pensée juridique a connu, à la fin du XIXe siècle, quelque chose d'une crise dont l'histoire de l'art fournit une idée très juste. V. les affaires Akuin (Req., 8 mars 1875 ; S. 1875.1.449, note Labbé ; P. 1875.1.150), Briet (Paris, 11 mars 1931, D.H. 1932. Somm. 3 ; Rtd. civ. 1931.626, obs. Savatier), Chatigny (Civ. 1re, 9 janv. 1827, *S.* 1827.347.), Chollet (v. *supra* note 28 sous n°244), Colmbacher (liquidation d'une communauté, Paris, 14 juill. 1830, Civ., 18 juin 1834, *Jurisp. gén. Dalloz*, v° *Contrat de mariage*, n° 2320 ; *S.* 1834.1.734), Couralet (Req., 16 avr. 1888, v. note 45 sous n°322), Pierre Ducos (Agen, 14 fév. 1894, *DP* 94.2.533), Houdard (Paris, 21 juin 1915 ; Req. 12 juill. 1916, *D.P.* 1920.1.103), Jolibois (Dijon, 2 déc. 1903, *S.* et *P.*, 1905.2.89, note A. Wahl), Linget (Tc Orléans, 26 oct. 1887, Orléans, 1er juill. 1891, *DP* 93.1.5, note P. de Loynes ; cité par Duparcq, note sous Req., 12 juill. 1916, *DP* 1907.2.339, Req., 7 juill. 1892, *D.* 93.1.5, rapport du conseiller Petit et note de Loynes ; *S.* 93.1.129, note Tissier ; *Gaz. Pal.*, 92.2.153 ; cité sous Civ., 17 nov. 1936), De Martelles (indivision post-communautaire, Dijon, 20 mars 1889, contre l'effet translatif ; Cass., 17 fév. 1892, pour l'effet translatif, S. 1894.1.417), Touzet (*Casus*. Touzet est reconnu, au terme de la liquidation d'une société, créancier de ses coassociés, en vertu de quoi il est attributaire du prix de vente d'un immeuble. Mais les créanciers personnels de ses coassociés sont colloqués sur le prix en vertu de leur hypothèque judiciaire. *Procés*. Le contredit formé par Touzet est repoussé par Carcassonne, ainsi que son appel par Montpellier, 5 mars 1885. Touzet forme contre cet arrêt un pourvoi que rejette la Cour suprême. *Discussion.* L'idée est que Touzet réalise sa créance sur le prix de vente des parts détenues dans l'immeuble par ses coassociés ; dès lors que pour celles-ci le bien est grevé... Touzet est créancier chirographaire, les autres créanciers hypothècaires - *D.* 1887.1.385, *S.* 1889.1.193, [note Labbé ?] ; *P.* 1889.1.481, note Labbé ; *Pand. pèr.* 1888.1.38.Raynaud (P.), Paris : Sirey, 1983, n°819 ; *infra* n°385), Vadon (Civ., 23 avril 1918). V. *également les arrêts pour*, Aix, 23 janv. 1835 (*S.* 1835.2.267 ; cité par Lyon-Caen à propos de Ch. réun. 5 déc. 1907), Civ. 26 juill. 1848 (S. 1848.1.561 ; P. 1849.1.7), Grenoble, 2 juin 1863 (*S.* 1863.2.249, *P.* 1864.285 ; cité par Lyon-Caen à propos de Ch. réun., 5 déc. 1907), Douai, 5 juin 1866 (S. 1867.2.257 ; P. 1867.925), Aix, 4 mai 1867 (*Bulletin de la Cour d'Aix*, 1888, p. 78), Orléans, 19 mai 1870 (S. 1871.2.160 ; P. 1871.537), Alger, 24 déc. 1877 (S. 1878.2.214 ; P. 1878.963), Toulouse, 30 juill. 1888 (S.1889.2.99 ; P. 1889.1.570), Toulouse, 11 fév. 1889 (*Gaz. Des trib ? du Midi*, 25 mai 1890), Orléans, 25 juill. 1890 (S. 1891.2.167 ; P. 1891.1.905), Marseille, 25 mai 1888 (Receuil d'Aix, 1888.2.307), Cass., 19 oct. 1896 (*S.* et *P.* 1898.1.41, *Pand. pér.*,

meilleurs civilistes d'alors, elle a torturé l'esprit de générations d'amphithéâtres, et, en vérité, elle n'a cessé d'être soumise à la perspicacité des juristes[85].

**348.** **INEQUITE DE LA FICTION EN CAS DE RAPPORT EN VALEUR. —** Nous mêmes ne cesserons, jusqu'à la fin de nos développements, de suivre cette vaste affaire. Elle est née de ce que le résultat indiqué par la solution figée dans le Code civil était inéquitable, mais inéquitable en des circonstances, qui, pour être parfaitement comprises, supposent que l'on ait préalablement éclairci la nature du rapport en valeur et la distinction de la masse indivise et de la masse partageable. Pour le moment, disons, simplement, que lorsqu'un des copartageants arrivait au partage en ayant d'ores et déjà épuisé sa part concrète

---

1897.1.41), Cass., 7 juin 1899 (*S.* et *P.* 1899.1.457, *Pand. pér.*, 1900.1.73), *et contre l'effet translatif*, Nîmes, 2 août 1838 (S. 1839.2.102 ; P. 1839.1.430), Douai, 25 juill. 1848 (S. 1849.2.396 ; P. 1850.1.655). V. encore Orléans, 7 fév. 1845 (cité Civ., 26 juill. 1848), Rouen, 24 avril 1857 (S. 1858.2.119 ; P. 1858.962), Poitiers, 9 mars 1893 (S. 1894.2.153 ; P. 1894.2.153), Civ. 1re, Paris, 11 mars 1931 (*DH* 1932.Somm.3 ; *Rtd civ.* 1931.626, obs. R. Savatier), Req., 22 fév. 1881 (pour l'effet translatif, *D.P.* 1881.I.409 ; *S.* 1884.I.117), Aix-en-Provence, 3 déc. 1931 (*DH* 1932.Somm.31, *Rtd civ.* 1932.494, obs. R. Savatier). Sous réserve d'une étude approfondie et systématique, la jurisprudence en la matière peut faire l'objet du tableau suivant : elle est marquée par deux revirements successifs de la Cour de cassation (J. Maury et H. Vialleton, *op. cit.*, n°660, pp. 758-760). Le premier état de sa jurisprudence est dans son arrêt Colmbacher (1834, contre l'effet translatif du partage), son premier revirement est le fait de l'arrêt Touzet (1887), ensuite les Cour d'appel résistent, mais elle maintient cette jurisprudence, notamment dans son arrêt de Martelles (1892), jusqu'à l'arrêt Chollet (1907), qui marque son deuxième revirement.

[85] V. la question du droit de poursuite du créancier hypothécaire sur un bien indivis dans Civ. 3ème, 20 nov. 1990 (*Bull. civ.* III, n° 221 ; *D.*, 90, somm. 389, n. L. Aynès ; Defrésnois. 91, a. 35107, n. X. Savatier ; Rtd. civ. 92.147, n. F. Zénati : « dès lors que la constitution d'hypothèque sur un bien indivis a été consentie par tous les indivisaires, le créancier hypothècaire, *fut-il le créancier seulement de l'un des indivisaires* [je souligne et je dit : serait-il le créancier d'aucun], peut poursuivre la saisie et la vente de cet immeuble avant le partage de l'indivision » - source citée : Ph. Malaurie, *op. cit.*), Civ. 1re, 14 juin 2000 (*D.* 2000.AJ p. 318, obs. Lienhard ; Act. Proc. Coll. 2000, n°165, obs. Regnault-Moutier), Com., 19 déc. 2000 (*D.* 2001.379) ; v. Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 529. La question peut se compliquer, en outre, de stipulations particulières (ajournement du paiement du prix jusqu'au partage définitif) : F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°872 *in fine*, p. 696.

par des rapports, il était déjà redevable envers ses coïndivisaires[86]. Du fait que l'on procédât, préalablement au partage, à une licitation (parfois obligatoire, par exemple en présence d'un héritier mineur), il suffisait qu'un étranger soit adjudicataire pour que ce même copartageant, soit obtienne une part du prix proportionnelle à ses droits, soit, dans des hypothèses plus compliquées, que ses créanciers hypothécaires, au moins, bénéficient de ce prix. Le résultat était que cela accroissait d'autant sa dette envers ses copartageants, qui supportaient le risque de son insolvabilité[87]. Mais, encore une fois, pour comprendre le caractère profondément injuste du cas, pour expliquer la rupture de l'égalité dans le partage que cela provoquait, et pour que l'on puisse dire que les créanciers personnels d'un indivisaires passaient avant les indivisaires, il faut avoir abordé le rapport en valeur.

[86] Le cas est bien présenté par M. Grimaldi, *op. cit.*, n°918, texte et note, p. 902 (et note 522, p. 896, sous n°913, 2°). Les affaires Rolland, Chollet et Frécon sont des cas où le rapport en valeur joue un rôle. Dans le cas Rolland (cf. note 33 sous n°52), la part d'un indivisaire était absorbée par le rapport auquel il était tenu – à cause d'une libéralité ; et dans le cas Chollet, Paul-Xavier, de même, était tenu d'un rapport bien supérieur à sa part idéale dans la masse successorale globale, à cause de perception de fruits et de revenus, avec intérêts de droit (condamné par jugement du tribunal civil de St Claude, 20 juin 1894) ; enfin dans le cas Frécon, l'un, de même, était tenu à un rapport qui absorbe sa part, mais la fraude était démontrée (CA Lyon, 17 nov. 1909, v. n° 681).

[87] C'est ainsi que la jurisprudence précitée *supra* note 84 sous n°421 peut être classée selon un tableau qui croise les critères de l'identité de l'adjudicataire (étranger ou indivisaire) et de la situation des copartageant (un indivisaire épuise déjà, ou non, sa part). *Adjudicataire étranger et indivisaires à égalité* : affaires De Martelles, Jolibois, Vadon et Receveur de l'enregistrement de Karikal. *Adjudicataire étranger et un indivisaire épuise déjà sa part* : affaires Chollet, Colmbacher, Ducos, Touzet. *Indivisaire adjudicataire et indivisaire à égalité* : affaires Couralet, Houdard, Rigole (*DP* 1907.2.337). *Indivisaire adjudicataire et un indivisaire épuise déjà sa part* : affaires Linget, Briet (Touzet et Ducos ?) et Aix-en-Provence, 3 déc. 1931. L'on peut aussi synthétiser les choses par cette formule : *tempéraments* (licitation en cas de rapport : Touzet, Ducos, Chollet, ; licitation-partage : Couralet, Rigole, Houdard) *controversés* (licitation-partage avec cas de rapport : Touzet, Ducos, Briet, Linget, Aix 1931) *aux réserves* (la licitation : Colmbacher, de Martelles, Jolibois, 1892) *à l'exception introduite en droit français* (C. civ. art. 883) *au principe romain de l'effet translatif.*

**349.** **INTERFERENCE DE LA CONTROVERSE RELATIVE AUX CREANCES HEREDITAIRES. —** Il y a, en outre, une seconde raison à cette nécessité de maintenir cette querelle ouverte. La solution indiquée était analysée comme une division de la créance de prix, entre les héritiers, au prorata des parts de chacun, dès l'instant de la vente. Or, la solution fût rattachée à la régle de la division des obligations successorales (art. 1220 C. civ). Nous pensons pour notre part que la question de la créance du prix d'adjudication née *post mortem* doit être très scrupuleusement distinguée de celle des créances nées *ante mortem*. Le cas du bien immeuble ne peut pas plus se ramener à celui des créances que celui de la créance n'est réductible à celui d'un bien. Au contraire, les doctrines germanistes se sont entendues avec certains représentants de la doctrine classique (il nous semble que se fut un tort, venant de leur part) pour englober les deux ordres de questions[88], et pour confondre les deux terrains de disputes. L'opposition de ses deux partis est restée célèbre. L'on trouve la dispute rangée sous la rubrique du domaine de l'effet déclaratif du partage (art. 883), tantôt quant aux actes (en ce qui concerne la licitation)[89], tantôt quant aux biens (puisqu'il est question de créances)[90].

**350.** **INTRODUCTION MALADROITE DE LA QUESTION DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE. —** Nous avons déjà donné le point de vue des germanistes. Quant aux derniers

[88] De nombreux commentateurs ont vu que l'on ne pouvait pas rattacher sans plus la division du prix de vente de l'immeuble à celle de la créance du défunt. Cf. J. Maury et H. Vialleton, *op. cit.*, n°659, p. 758 et note (1), où ils font remonter la distinction à Labbé, note sous Req., 8 mars 1875, S. 1875.1.449 (ce qui n'est pas évident).
[89] V. H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°1763, p. 888.
[90] C'est le cas de F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°990, pp.796-797 ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n°918-919.

représentants de l'analyse classique du partage cession de quotes-parts, ils plaçaient le débat sur le terrain de la personne[91]. L'argument vaut, nous le verrons, en ce qui concerne les créances successorales[92]. L'absence de personnalité de la masse commande, depuis au moins la loi des XII Tables, de les laisser se diviser *ipso iure*. L'argument ne valait rien en ce qui concernait le prix de vente de l'immeuble, et le résultat, désastreux pour la réputation des discussions qui ont pour enjeu cette grande notion, fût que l'on crut pouvoir mettre au compte de la personnalité fictive de la masse indivise les solutions préconisées sur ce point par les germanistes, qui disaient que la masse était créancière. Signalons simplement pour finir qu'il n'est pas impossible que les adversaires du dogme absolu de la division des créances successorales aient tiré parti de cette confusion des genres ; usant d'arguments d'équité, valables à nos yeux contre la division *ipso iure* du prix de licitation, pour atteindre celle de la créance du défunt.

[91] A ce propos, affaire Chollet, Lyon, 29 mars 1905 : « on ne saurait appliquer à la créance de prix l'art. 1220 c. civ. » (jusqu'ici, d'accord, non ensuite) ; et « l'art. 1220 ne vise que les obligations nées avant l'ouverture de la succession, et non celles qui ont pris naissance à une date postérieure ; qu'il ne s'agit pas ici d'une créance de l'auteur commun, trouvée par les héritiers dans la succession, et dont ils ont été saisis comme représentant le créancier, mais d'une créance créée par eux en leur qualité de vendeurs copropriétaires, au cours de l'indivision ». La cour de cassation ne distinguera plus, et réunira la question des créances de prix et celle des créances successorales, pour les soumettre au même régime qui écarte 1220 – mais de manière subtile, *relativement*. Notons, sur cette question, que le problème, c'est la personne. Pour les créances du défunt, elles se divisent (art. 1220). Pour les créances provenant d'aliénations, ces aliénations sont, pour leur validité, suspendues au résultat du partage. C'est-à-dire : quel indivisaire sera finalement le seul propriétaire subsistant (art. 883). La doctrine classique posait très mal le problème en disant que les créances de prix devaient se diviser de plein droit pour respecter l'article 1220.

[92] Nous ne parlons pas des créances figurant dans la communauté conjugale. En bonne règle, la communauté, nous l'avons dit, n'est pas en indivision ; par conséquent les créances *communes*, dont l'un ou l'autre époux est le créancier, ne sont pas concernées par le principe de division ; la doctrine, en confondant indivision post-communautaire et indivision successorale, donne une portée erronée à des solutions justes. V. aff. Milleret (Chambéry, 9 juill. 1907, Req., 13 janv. 1909 ; *D.* 1911.I.435, *S.* 1911.1.411 (ou 441 ?), note Naguet (Naquet).

**351.** **LE GRAND ARRET CHOLLET.** — Les deux questions entremêlées furent tranchées ensemble, par l’arrêt Chollet (1907), au profit de la doctrine germaniste. Le résultat fût surtout désastreux pour les créances successorales. Concernant le prix de licitation, le résultat atteint est le même que celui que l’on obtient depuis le point de vue du partage-expropriation. Puisque aujourd’hui les explications que les germanistes donnent du régime des créances de licitation valent pour les créances du défunt, nous en traiterons le moment venu, lorsqu’il sera question des créances successorales. D’autant que pour être compris il suppose, également, d’avoir préalablement compris le rapport en valeur.

**352.** **REPRESENTATION DU BIEN ALIENE PAR LA CREANCE DE PRIX.** — Mais nous noterons pour finir que l’argument commun, dans ce débat, consistait à analyser la vente de l’immeuble comme convertissant, au nom de la subrogation réelle, la *res immobilis* en *nomina*. La créance de prix était censée représenter le bien vendu. Or, nous pensons que cette étrange et dangereuse façon de poser la question peut provenir d’une vision déformée des motifs employés par le parti classique du partage-expropriation, auquel nous passons.

### B) Diagnostic sur les licitations selon la doctrine du partage-expropriation

**353.** **DISTINCTION PURE ET SIMPLE DE LA VENTE ET DU PARTAGE.** — Du point de vue du courant que nous envisageons à présent, il faut dissocier absolument l’acte de vente, c’est-à-dire la licitation, et le partage. Le partage est un acte dévestitif. La

vente est translative. Dès lors, selon le raisonnement que nous avons vu, la validité et l'efficacité de tout acte antérieur et extérieur au partage dépend du résultat de celui-ci. Si le bien en cause tombe au lot d'un indivisaire qui en avait disposé, son acte prend toute l'efficacité que lui interdisait le contexte d'indivision ; si au contraire le bien est attribué à un indivisaire qui n'a pas donné son consentement, l'acte, qui n'était pas valide à son égard, s'en trouve définitivement invalidé[93].

**354.** VALIDITE DE L'ACTE DU POINT DE VUE DE L'ACQUEREUR. — Dans les hypothèses que nous étudions, unanimité, autorisation ou adjudication, peu importe, l'on sait au moins, dès avant le partage, que la vente est et restera valide. L'identité de l'acquéreur est certaine. Il est propriétaire de l'immeuble à la date de son aliénation. Son titre sera opposable à n'importe lequel des attributaires de l'immeuble. Il est débiteur du prix. C'est exactement la même logique qui s'applique lorsque l'héritier est acheteur du bien ou s'en porte adjudicataire. Son acte est un acte d'acquisition, et pas un acte de partage. Propriétaire de l'immeuble, il est débiteur du prix de vente.

**355.** INCERTITUDE QUANT A L'IDENTITE DU VENDEUR. — Acquéreur étranger ou membre de l'indivision, demeure la question de l'identité du vendeur, c'est-à-dire du créancier, et, partant, des ayants droit de ce dernier. La réponse, sur ce point, nous l'avons vu, ne peut être apportée que par le partage. L'attributaire du

[93] Même logique pour la constitution d'hypothèque. V. J.-P. Sénéchal, *Defrénois*, 1998, art. 36745, n°2, pp.254-266.

bien le jour du partage peut être n'importe lequel des indivisaires, et il se peut même que tous, ou quelques uns, en soient attributaires, dans des proportions variables. Car il n'est pas interdit d'attribuer la propriété du bien aliéné, à plusieurs, au lieu d'un seul, à condition que ce soit dans des proportions que seul le partage peut préciser. En attendant, l'identité du ou des indivisaires propriétaires, auteurs de l'acte et créanciers du prix, reste indéterminable.

**356. DISTINCTION DE L'INDIVISAIRE ADJUDICATAIRE ET DE L'INDIVISAIRE ATTRIBUTAIRE.** — La même logique vaut lorsqu'un indivisaire est adjudicataire ou acquéreur du bien. Cet acte hors partage ne préjuge en rien de l'identité de l'attributaire du bien et donc de l'identité du créancier du prix. L'immeuble peut, en tout ou en partie, être attribué aux copartageants de l'adjudicataire[94]. Mais rien n'interdit de précisément l'attribuer, fusse là aussi en partie, à son adjudicataire. En ce cas il ne doit le prix qu'à lui-même, ce qui éteint l'obligation par confusion, dès après le partage[95]. Voilà, il est vrai, un cas intéressant où l'on se porte adjudicataire de son propre bien[96]. Mais c'est une aporie à accepter et dont le droit civil présente

[94] Celui-ci ou ceux-ci sont alors les seuls créanciers du prix, dont le paiement doit s'effectuer en dehors des comptes de partage. Le prix de vente échappe au partage, en revanche, le ou les attributaires de l'immeuble seraient débiteurs par ce fait seul de leur copartageant privé de sa propriété dans le partage.

[95] Lorsque l'on ne perçoit pas l'autonomie du partage relativement à la vente, il devient difficile de distinguer dette de prix de vente et dette compensatrice de l'attribution de l'immeuble. Dès lors l'on ne peut pas comprendre que le prix dû par l'indivisaire adjudicataire de l'immeuble n'a pas à entrer dans les comptes du partage, mais que s'il se trouve être son attributaire, en revanche, cela génère une dette de contrepartie envers ses copartageants qui est inhérente au compte de partage. Ce point, pour être parfaitement clair, suppose l'étude des comptes de partage, qui fait l'objet du livre suivant. Dès lors que l'on distingue bien les choses, une foule de difficultés s'évanouissent, il ne devient plus nécessaire, par exemple, de dire qu'une licitation au profit d'un étranger est une vente à son égard mais une licitation dans les rapports des copartageants entre eux (H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.*, n°1762 et 1763, p. 887.

[96] Cf. Merlin de Douai, 4ème éd., Paris : Garnery, 1810-1830, v° Propre, § 2, p. 152.

d'autres cas ; ainsi, lorsque le tiers détenteur (propriétaire !) de l'immeuble hypothéqué préfère délaisser, rien ne l'empêche de porter les enchères ; de même, l'héritier qui accepte sous bénéfice d'inventaire peut laisser un bien successoral être saisi par le créancier du défunt, puis se porter adjudicataire. Le droit civil interdit seulement que les enchères soient portées par le débiteur principal poursuivi, parce que par définition il ne dispose pas de l'actif liquide suffisant pour honorer sa dette. Le tout, en matière d'adjudication, est que l'adjudicataire paie comptant, et à un prix dont l'équité est censée résulter de la procédure elle-même[97]. Attribution du bien à l'un ou à l'autre, aucune solution n'est mathématiquement prévisible, obligatoire, ou *a priori* plus équitable que l'autre.

**357.** **Le gel du prix. —** Tant que le partage n'a pas fait sortir le bien de l'indivision, cela provoque, du point de vue de l'acquéreur, une sorte de gel de la dette de prix[98]. Le phénomène, normal, est dû à l'indivision du bien. Le débiteur court, en payant à quiconque, et peu importe dans quelle proportion, le risque de se voir réclamer la même somme après le partage. De même qu'un recours est ouvert à tout ayant-droit contre son auteur indivisaire privé de la propriété du

[97] C'est pourquoi il y a parfois un intérêt, pour le propriétaire, à laisser saisir le bien, car son prix fixera la limite de sa responsabilité, plutôt que de payer. Il y a même parfois intérêt à ce que les poursuites soient diligentées par le propriétaire lui-même, lorsqu'il dispose d'une créance dont il se trouve être le débiteur. C'est un cas que nous développerons *infra* n°567 et s. (spéc. n°575).

[98] Cette idée fournit une explication à des solutions directement concurrentes de la théorie de la personnalité morale. Cf. l'arrêt Lerestif des Tertres (Req., 27 juill. 1863, *S.* 63.1.457) cité par J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, préface J. Bonnecase, thèse Bordeaux, 1932, p. 366 : nous pensons que pour expliquer que les associés ne puissent percevoir leur part dans le prix d'un bien aliéné par le liquidateur, il n'est pas nécessaire de dire que durant la liquidation l'on n'est pas encore en communauté et que la personne civile survie.

bien objet de l'acte. L'acheteur du bien *solvens* est renvoyé contre l'indivisaire *accipiens* qui a été exproprié par le partage. Il fait donc bien d'attendre le partage, sauf à accepter l'aléa d'un recours, vu le risque d'une insolvabilité de l'indivisaire *accipiens*. Cette règle est favorable à l'héritier auquel le partage a attribué l'immeuble. Ce n'est pas au partageant attributaire du bien de supporter le moindre risque.

**358.** APPRECIATION DE CETTE SOLUTION DU POINT DE VUE DE CHAQUE COURANT DOCTRINAL. — Les germanistes diront que le résultat final de cette solution est bon en tout cas, les autres, partisans d'une division *ipso iure* au prorata des parts, diront qu'il est bon lorsqu'il s'effectue dans la proportion qu'ils indiquent. Mais tous les adversaires de cette solution s'accorderont à dire qu'elle vaut à condition que le partage suive la licitation à très brève échéance, mais qu'elle devient un problème lorsque la phase d'indivision s'installe dans la durée, après la licitation. A cette objection, nous ferons la seule réponse digne d'une conception vraiment rudimentaire de l'indivision : il est toujours possible de demander le partage. Si les indivisaires et leurs propres créanciers ne font pas cette demande, c'est qu'ils acceptent d'attendre. Le débiteur peut toujours confier les deniers à un séquestre. Mais l'indivisaire qui demande le paiement de la créance de prix demande le partage.

**359.** COMPARAISON ENTRE LES TROIS DOCTRINES. — Il est absolument aléatoire que le résultat final du partage aboutisse à répartir l'immeuble vendu au prorata des

parts idéales de chacun, ce qui met toutes les doctrines d'accord, ou conduise à une autre solution, ce qui mettra seulement les partisans du partage-cession en opposition avec tous les autres. Les coincidences entre la présente doctrine du partage-expropriation, que nous défendons, et les deux autres, ne vont pas au-delà. Elle diverge fondamentalement des deux autres en ce qui concerne le sort de la créance dans la phase intermédiaire entre l'aliénation et le partage.

**360.** INEQUITE DES AUTRES SOLUTIONS. — Toutes les hypothèses de répartition de la créance de prix préalablement au partage sont erronées et risquent de conduire à des situation injustes. Que ces pré-répartitions soient définitives ou seulement provisoires, ne change rien. Lorsque la répartition est définitive, elle est dangeureuse en tous cas, que ce soit au profit d'un seul[99], ou de plusieurs. Il n'y a aucune raison pour que le prix aille en entier à l'un, plutôt qu'à l'autre. Ce serait préjuger d'une soulte inégalitaire. Et la solution la moins mauvaise ne consiste même pas à diviser le prix au prorata des parts pour répartir ainsi les risques[100].

[99] Le droit positif conduit à de telles choses. C'est ce qui se produit, en réalité, lorsque le créancier successoral provoque la saisie et la vente du bien immeuble du chef d'un indivisaire (C. civ., art ; 815-17 al. 1). C'est peut-être aussi ce que produit l'autorisation judiciaire d'aliéner un bien au refus de certains (C. civ. Art. 815-5 al 1 et 3), v. cependant *supra* note 46 sous n°255.

[100] Il ne faut jamais dire que, par le biais du circuit des actions, en toute hypothèse, les solutions reviennent au même. Car de manière très générale il suffit, pour que les discussions relatives à l'*ordre* et au *partage* au sens large présentent un intérêt pratique, que l'on soit dans l'hypothèse très contingente où l'actif disponible de l'une ou l'autre des partis prenantes ne lui permet pas de faire face à son passif exigible.

## C) Essai de vision synthétique de la controverse[101]

**361.** OPINION GERMANISTE SUR LA LICITATION AU PROFIT D'UN ETRANGER. — L'étude des biens indivis nous a fait aborder les questions les plus sensibles de la matière[102]. A cet égard, la querelle, concernant la licitation dans laquelle un étranger se porte adjudicataire, qui opposa germanistes et partisans classiques du partage-cession de part, est exemplaire. Une déformation de la conception du partage-expropriation, que nous défendons, fit croire aux germanistes que la créance de prix de l'immeuble licité devait, en vertu d'une subrogation réelle opérant au sein de la masse, y représenter la chose vendue, et y emprunter son régime. Echange fructueux, du reste, dans ce système, parce que lorsque le partage détermine, comme il l'aurait fait pour l'immeuble, l'attributaire de la créance de son prix de vente, par le fait même il détermine aussi l'attributaire de l'immeuble. Selon les vieilles règles de la magie, l'effet produit sur la créance représentative agit sur la chose représentée[103]. De la sorte, l'immeuble licité entre, *en effigie*, dans la masse, pour y être soumis à l'effet déclaratif du partage. Il est censé n'avoir jamais appartenu qu'à son attributaire, et la licitation est validée à son profit[104].

[101] Cf. *supra* n°325 et 275.
[102] J. Maury et H. Vialleton, *op. cit.*, n°661, p.760 ; A. Wahl, note sous Civ. 17 fév. 1892, *S.* et *P.* 1894.1.417.
[103] Cf. M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, 6ème éd., Paris : Puf, 1978, « Esquisse d'une théorie générale de la magie » (1re parution 1902-1903), pp. 57-65.
[104] Cela suffit à répondre à la question que formulait Ch. Lyon-Caen, note sous Ch. réun., 5 déc. 1907, S. 1908.1.5 : « Quand, pendant la durée de l'indivision, l'un des cohéritiers a constitué une hypothèque sur sa part indivise dans un immeuble héréditaire, cette hypothèque subsiste-t-elle, alors même que, l'immeuble étant adjugé sur licitation à un tiers, la créance de prix est attribuée à un cohéritier autre que celui qui a constitué l'hypothèque ? » Cf. J. Maury et H. Vialleton, *op. cit.*, n°658-659, pp. 757-758.

**362. LE RAPPORT AU PARTAGE DE LA CREANCE DE PRIX REPRESENTATIVE DE L'IMMEUBLE VENDU. —** Mais la créance de prix, représentation de l'immeuble, devrait, si l'on voulait suivre cette logique jusqu'au bout, emprunter entièrement le sort normal d'un immeuble. Nous pouvons ainsi noter, au passage, que le cas de figure d'une créance qui, entrée à l'actif de la masse, y serait gelée jusqu'au partage, se rapproche beaucoup de celui, parfaitement orthodoxe, du rapport en valeur, que l'on frôle ainsi une première fois. Le tout serait ici de s'entendre sur la notion de masse. Si c'est l'indivision, entité autonome, qui peut être créancière de l'entièreté du prix indivis, et que l'argent du paiement lui est dû, à elle et non aux indivisaires, cela modifie très profondément les notions de personne et d'obligation. Or telle est l'idée qui préside aux solutions consacrées en droit positif.

**363. DIVISION PROVISOIRE DE LA CREANCE DE PRIX AU PRORATA DES PARTS. —** A ce stade, croyant défendre la notion de personne, les défenseurs de l'absence de personnalité morale de la masse militaient toujours pour une division des créances, au prorata des parts. Les germanistes la leur accordèrent, sous une réserve, toutefois, vitale pour leur système : que cette répartition soit imprégnée d'un caractère provisoire. De la sorte, lorsque le partage suit immédiatement la licitation, la créance de prix est comprise entièrement dans la masse commune, elle entre dans la composition des lots, et elle est soumise à la fiction de l'effet déclaratif du partage, de sorte que le débiteur sache à qui payer, et que les

créanciers personnels, et les ayants droits des indivisaires, sachent à quoi s’en tenir. Lorsque l’intervalle qui sépare la vente du partage est plus long, et lorsque la créance n’a pas été payée, ou au moins pour les portions pour lesquelles elle ne l’a pas été, l’on peut en rester au même régime. Mais le prix peut avoir été déjà perçu, selon les proportions de sa division provisoire. Cela signifie que la créance est éteinte. Si le paiement a été fait à un indivisaire créancier provisoire, qui se trouve l’être définitivement, les choses sont encore dans l’ordre.

**364.** **RECOURS DE L’ATTRIBUTAIRE DE LA CREANCE CONTRE L’INDIVISAIRE *ACCIPIENS*. —** Le problème se pose lorsque l’on attribue la créance à un autre que *l’accipiens*. Le débiteur ne peut pas payer de nouveau, c’est l’avantage que lui donne le partage provisoire de la créance. Si l’on respecte ce paiement, l’attributaire de la créance a une action récursoire contre l’*accipiens*. Une première question est de savoir quelle autonomie a, au regard du partage, cette créance entre indivisaires. L’on frôle ici pour la seconde fois la théorie du rapport en valeur. Et si, antérieurement au partage, la créance de prix transite provisoirement par l’actif personnel de l’indivisaire, il est forcé que ses créanciers personnels et ses ayants droits agissent. Le créancier de l’indivisaire (saisissant ou non) entend bien que le prix est allé, même provisoirement, même en partie, à son débiteur. Et dans cette action dirigée contre l’indivisaire personnellement, ses propres créanciers ne subissent pas le concours des copartageants. En outre, dans le concours qui a

lieu entre eux, le droit de préférence des créanciers hypothécaires joue[105]. Le débat avança jusque là, parce que l'on n'admettait pas de telles conséquences. Fallait-il alors interdire au créancier personnel la saisie-arrêt ? Fallait-il lui interdire de compenser sa créance contre l'indivisaire, avec sa dette envers le même, lorsqu'il se trouve d'ailleurs adjudicataire de l'immeuble ? Et la confusion, lorsque l'indivisaire, adjudicataire lui-même, se trouve débiteur de lui-même ? L'obstination des auteurs pour expliquer la situation en contournant le problème de la personnalité juridique conduisit à des théories diverses. L'on expliquait qu'il y avait un privilège des indivisaires. Un partage provisoire et relatif. Un partage sans effet déclaratif pour le débiteur du prix, mais tel à l'égard de tout autre que lui. Puisque les laborieuses constructions intellectuelles échafaudées alors par certains pour justifier coûte que coûte le droit positif, valent aussi pour expliquer le sort des créances du *de cujus*, nous y reviendrons, par conséquent, à cette place, après avoir vu la théorie du rapport et des comptes de partage.

**365.** **Solution de cette question par la personnification de l'indivision. —** La réponse, poussée dans ces retranchements, consistait à appliquer à la créance représentative du bien un régime distinct de celui qui aurait été appliqué normalement au bien représenté. Autrement dit, la créance de prix, représentant l'immeuble, devenait elle-même représentée par la créance de la masse contre

[105] Il en découlerait, pour l'héritier qui se porterait adjudicataire, une situation particulière relativement à sa propre part de créance, que nous verrons plus loin au sujet du créancier successoral.

l'indivisaire *accipiens*. Car les germanistes conçoivent que la masse, originairement propriétaire de l'immeuble vendu, est la vraie créancière du prix de vente, et que par conséquent l'*accipiens* est débiteur de la masse. C'est l'écran problématique de la masse qui permet de distinguer les relations des indivisaires entre eux, de celles qu'ils ont avec leurs créanciers et leurs ayants droits. Sur le terrain périlleux des licitations, les derniers représentants du courant classique initié par Dumoulin ont induit la jurisprudence en erreur. Et l'arrêt Chollet (1907) a restauré certaines bonnes solutions, mais sous des motifs qui consacrent, il importait de le noter, le triomphe de l'analyse germaniste en jurisprudence.

**366.** **Comparaison des doctrines classiques et germanistes.** — Nous avons consacré nos dévelloppements à fixer le schéma des conceptions en concurrence sur le terrain de l'indivision et du partage. L'on peut placer en regard l'une de l'autre les trois visions que nous avons distinguées. Là où les courants classiques parlent, chacun à sa façon, de gestion *ut singuli*, les germanistes voient, consciemment ou non, que la masse est propriétaire et dispose des biens qui la composent ; et quand les classiques, toujours en fonction de la branche qu'ils occupent, conçoivent qu'un acte a lieu *ut universi*, les germanistes comprennent qu'il s'agit de la gestion, par tel indivisaire, de sa quote-part. La perception de l'indivision est ainsi à peu près complète. La vision germaniste aboutit, bon gré mal gré, à faire comme si l'indivision était capable d'être propriétaire et

débitrice, c'est-à-dire capable d'être une personne juridique Ce n'est pas le cas des conceptions classiques.

## Sous-section 2
## Les droits des créanciers

**367.** **Droit de certains creanciers de saisir ou de prelever un bien indivis. —** Fruit d'une évolution que nous nous attachons à cerner, législation et jurisprudence accordent aujourd'hui à une certaine catégorie de créanciers de pouvoir réaliser leur créance sur un bien indivis, ou de prélever un bien sur la masse partageable juste avant le partage[106]. La catégorie de créanciers qui suivent ce régime comporte les créanciers du défunt, qui sont définis comme “ayant pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision”, et les créanciers “de l'indivision”, notion plus difficile à cerner, qui sont définis comme “ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis.”

**368.** **Analyses doctrinales de ces dispositions. —** Les notions de créancier successoral et de créancier de l'indivision sont, ainsi que leur régime spécifique dual (saisir, prélever), la cause, en doctrine, de controverses. Il y a deux manières d'analyser ces dispositions, la première est celle d'un courant, que, pour faire vite, nous avons appelé germaniste. Les motifs qu'il donne sont à nos yeux erronés, en ce que, peu ou prou, ils supposent la personnalité de la masse.

[106] Art. 815-17 al. 1er, C. civ. : « Les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis, seront payés par prélèvement sur l'actif avant le partage. Ils peuvent en outre poursuivre la saisie et la vente des biens indivis. »

Quant aux doctrines classiques, nous les défendons parce qu'elles raisonnent en respectant les notions élémentaires de personne, de propriété et d'obligation.

**369.** La doctrine, le droit positif, la fiction. — Si les solutions consacrées en droit positif, quoique explicitement fondées sur des motifs erronés, peuvent néanmoins être fondées sur d'autres motifs, que nous estimons justes, la fiction, et l'erreur, n'est encore que doctrinale. Ce que nous cherchons, ce sont les solutions positives dont le dispositif ne peut se fonder autrement que sur des motifs erronés, de telle sorte que la personne qu'ils supposent soit une *fictio legis*. Cette démonstration suppose un examen méticuleux des cas. Elle commande des distinctions et des généralisations qui lui sont propres. En outre il n'est pas toujours évident, nous l'avons vu, de débrouiller, dans le treillis de controverses séculaires, qui divisent la doctrine classique, quelles sont les solutions qu'elles indiquent.

**370.** Principe de priorite de l'ordre du partage sur l'ordre successoral des paiements. — Récapitulons. Nous sommes donc partis du principe de division des dettes, et nous avons examiné l'ordre des paiements qui s'instaure, naturellement, sur les biens successoraux de l'héritier, entre son créancier personnel et son créancier successoral. Ce dernier bénéficie d'un privilège. Mais ce conflit regarde le passif personnel de chaque héritier, il est en second plan et comme masqué au regard du conflit qui a lieu entre les indivisaires, et son règlement s'effectue sur les biens de l'héritier, non sur les biens indivis.

**371.** **L'ordre du partage. —** Nous sommes alors entrés dans les linéaments du contexte que l'indivision d'un bien induit sur sa gestion, et sur les effets du partage. Ces règles expliquent pourquoi il est normal que tout créancier d'un indivisaire soit arrêté par le fait qu'avec une partie des biens de son débiteur, c'est son gage qui est en indivision. Le créancier est condamné à l'impuissance du fait qu'avant que sa créance soit réalisée sur un bien indivis, il faut au préalable régler le partage entre la propriété de son débiteur et la propriété d'autrui. D'une certaine manière il est permis de considérer que le conflit a lieu, sur le bien indivis, entre le créancier d'un indivisaire et son ou ses copropriétaires.

**372.** **Coordination de l'ordre successoral et de l'ordre du partage. —** Quoique tout le bien indivis entre dans le gage du créancier, l'effet dévestitif et d'expropriation du partage fait que les biens qui sortent du lot de son débiteur lui échappent absolument. Il n'a aucun droit de suite sur eux, aurait-il inscrit une hypothèque ou bénéficierait-il d'un privilège quelconque. La propriété pleine et entière de l'autre indivisaire, qui ne lui doit rien, l'emporte. En revanche, sur le lot de son débiteur, il peut réaliser sa créance. Il peut, dès lors que le bien de son débiteur est sorti de l'indivision, le saisir et le faire vendre efficacement. C'est alors qu'entre les différents créanciers de l'indivisaire désormais allotis le conflit peut se régler selon les règles du droit successoral, accordant aux créanciers du

défunt un privilège, et, selon le droit commun des obligations, accordant aux hypothècaires la préférence sur les chirographaires.

**373.** RAISON POUR INTERDIRE LA SAISIE DES BIENS INDIVIS. — Si l’on procédait différemment, si l’on accordait au créancier personnel d’un indivisaire de se payer sur le prix de vente d’un immeuble, cela reviendrait à anticiper sur le partage, allotissant d’autant son débiteur, au risque que, le jour du partage, les autres indivisaires ne trouvent plus, pour toute part de l’indivision, qu’une créance à faire valoir sans illusion contre leur coïndivisaire. L’égalité du partage, qui est prioritaire, serait rompue. D’où l’interdit en question et la nécessité où ils sont d’attendre ou de provoquer le partage[107].

**374.** L’ANALYSE CRITIQUE DU DROIT POSITIF. — Ces explications interdisent nettement d’accorder, tant au créancier successoral qu’au créancier de l’indivision, l’insigne privilège de saisir un bien indivis. Car il n’y a de créancier que personnel aux indivisaires. Elle rendent inconcevable l’idée d’une saisie directe du bien, en l’état indivis. Elles commandent d’approfondir l’analyse de cette disposition autrement qu’en supposant que la masse, propriétaire, paie le créancier, ce qui est une hérésie complète. Si un créancier peut, sans attendre ni provoquer le partage, poursuivre un indivisaire, saisir un bien indivis, en provoquer l’adjudication, et se payer sur le prix, c’est que le bien sort de l’indivision. Par conséquent, autoriser la saisie avant le partage, c’est, en réalité,

[107] Art. 815-17 al. 2 et 3 C. civ. : « Les créanciers personnels d’un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, meubles ou immeubles.” “Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d’intervenir dans le partage provoqué par lui. (…)»

attribuer en exclusivité, à l'indivisaire qui fait l'objet des poursuites, la créance du prix d'adjudication de l'immeuble, selon la formule classique de ces licitations sur lesquelles le partage ne reviendra pas. Mais ici l'on fait plus, l'on anticipe sur le partage, et l'on sait, dès la saisie, à qui ira l'immeuble. Il ne s'agit jamais que d'analyser, en des termes classiques, une disposition exceptionnelle. C'est ainsi que l'on en fera la critique et que l'on démasquera son seul fondement possible, la personnalité juridique de l'indivision, comme une fiction illusoire.

**375.** **DEFAILLANCE DE L'ANALYSE EN TERME DE PARTAGE-CESSION. —** L'analyse classique du partage-cession des quotes-parts, qui pouvait peut-être expliquer (mais non, à nos yeux, justifier) le droit de saisir, a été démentie par la jurisprudence, puis par la législation[108]. D'abord le créancier successoral ne poursuit par tel indivisaire pour sa propre part de la dette, mais pour le tout, et indépendamment du fait qu'il l'ait honorée pour sa part[109]. Il n'a donc plus besoin de diviser ses poursuites. Quoi qu'il en soit, nous aurions dû retrouver ici la question de l'adjudication de l'immeuble avant le partage. Si l'effet n'est pas déclaratif, le prix devrait se diviser entre les différents héritiers. Et le créancier ne percevrait pas plus que la part que prend son débiteur dans la créance de prix. Or cela ne justifie même pas le régime actuel du créancier successoral. Notre

[108] Cf. les formules de R.-J. Pothier, qui supposent un droit du créancier successoral sur la masse encore indivise (*op. cit.)*.
[109] *Contra* M. Grimaldi, *op. cit.*, n°614, p. 597 (Analyse, *in fine*). Mais cf. Civ., 4 avril 1962, G.P. 1962.2.29 : la Cour de cassation rejette le pourvoi qui soutenait que, même tenu sur la totalité de l'actif indivis, l'héritier ne serait poursuivi que dans la limite de sa part dans la dette du défunt.

analyse de la licitation nous permet de dire que l’indivisaire poursuivi sera créancier du prix et attributaire anticipé de l’immeuble. En conséquence de quoi le créancier, créancier successoral ou créancier de l’indivision, saisi, entre les mains de l’adjudicataire, la somme due à l’indivisaire alloti.

**376.** INACHEVEMENT DE NOTRE ANALYSE EN TERME DE PARTAGE-EXPROPRIATION. — Les choses ayant été partiellement éclaircies relativement au partage et aux licitations en général, nous voulions seulement terminer sur l’analyse que donnent respectivement l’une et l’autre des branches du courant classique du cas de la licitation ordonnée sur des poursuites dirigées contre un indivisaire qui n’est même pas forcément débiteur. Nous avons dit que nous verrions mieux la question des licitations ensuite du rapport en valeur.

La casuistique de l’indivision et du partage ne se résume pas à ce que nous en avons dit jusqu’ici. Pour complexe qu’elle soit déjà, ce serait trop la simplifier. Nous devons dégager du partage une vision plus compléte, et donc plus juste. Il est même probable qu’elle n’en sortira que plus claire. Nous allons donc aborder l’étude de la comptabilité attachée au partage de l’indivision. Avec elle nous entrerons, au sujet des obligations nées entre indivisaires à cause de l’indivision, dans les éléments les plus complexes de la matière. Mais, ce stade franchi, le point de vue développé nous permettra, en manière de synthèse, de

terminer l’étude des règles du passif successoral et d’entrer dans les derniers détails de la matière.

# Livre 2ème

# Le compte des obligations à cause de l'indivision, du partage et du rapport

**377.** **LE PARTAGE, LES OBLIGATIONS, LES TROIS DOCTRINES. —** Jusqu'ici nous avons envisagé le partage en quelque sorte extérieurement, abstraction faite de l'obligation, qui y est liée, qui s'y articule et s'y intégre naturellement. L'obligation est l'élement qui fait toute la complexité de l'opération. Avec son étude nous allons complètement terminer notre analyse du partage. Le rapport en valeur et la reconstitution de la masse partageable sont incontestablement les phénomènes centraux et la clef de voûte de l'indivision successorale[1]. Ils

[1] Cf. R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris : Dalloz, 1969, n°103, p.175 et n°84ter, p. 135. Toute la casuistique avec laquelle nous avons terminé le précédent livre dépend de la clarification du processus du rapport en valeur et, avec lui, de la faculté de prélèvement, offerte à un créancier extérieur, ou à un indivisaire. En vérité la théorie du rapport en valeur est l'axe de toute la casuistique que nous avons étudiée en matière d'indivision et désormais nous la suivrons jusqu'à la fin. Traité anciennement et succinctement aux articles 828 al. 2, 829 et 830, le rapport fait depuis la loi du 23 juin 2006 l'objet de deux sections (art. 843-863 pour le rapport des libéralités et 864-882 pour le paiement des dettes). La nouvelle rédaction est ouvertement personnificatrice de la masse. V. R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.1, pp. 510-518, t.8, pp. 155-182 (§ VII *En quoi consiste l'obligation du rapport ?*), spèc. p. 171 ; C. Demolombe, 3ème éd. par Guillouard, Paris, 1867, t.4, pp. 157-636, spèc. n°475, p. 555 ; Ph. Malaurie, avec le concours de P.-J. Claux et N. Gouzigou-Suhes, 4ème éd., Paris : Cujas, 1998, pp. 455 et s. (rapport des dettes) et 462 et s. (rapport des libéralités) ; M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°877 et s., pp. 859-865 (rapport des dettes) et p. 643 s. (rapport des libéralités) ; H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, n°1630-1712, pp. 777 et s. ; F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°868 et 871. Rapport et prélèvement ont fait l'objet de nombreuses thèses, jusqu'à nos jours : Esmein, *Des rapports à succession*, thèse 1872 ; Cothenet, *Des prélèvements en droit français*, thèse Dijon, 1885 ; Deschamps, *Du rapport des dettes. Théorie du prélèvement dans le partage des successions, des sociétés et de la communauté entre époux*, Paris, 1889 ; Legrand, *Des réglements de compte entre copartageants (droit romain). De la théorie du prélèvement entre copartageants (droit français)*, thèse Paris : V. Giard et E. Brière, 1891 [1892 ?] ; Ménage, *Du rapport des dettes*, thèse Paris, 1898 ; E. Meynial, *Des interdits quasi-possessoires en matière de servitude (Droit romain). Du rapport des dettes (Droit français)*, Paris : Rousseau, 1886 ; Lenotte, *Le prélèvement en matière de rapport de dettes*, thèse Lille, 1908 ; Ragouet, *Des prélèvements des époux lors de la dissolution de la communauté*, thèse Bordeaux, 1908 ; Longuemare, *Le rapport des dettes*, thèse Caen, 1909 ; Apotolesco, *Du droit de prélèvement entre co-partageants*, Paris, 1910 ; Delassalle, *Essai d'une théorie générale du droit de prélèvement entre copartageants*, thèse Caen, 1911 ; Maley,

signifient qu'avec l'obligation l'élément du crédit est omniprésent au partage. Nous avons précédemment commencé de fixer le schéma des diverses théories dont fait l'objet l'indivision. Au vu de ce que nous savons déjà de celles-ci, l'on pressent sans difficulté que leurs divergences vont se prolonger sur le terrain délicat que maintenant nous abordons[2]. Dans le système germaniste, les obligations mettent en relation l'indivision avec l'un de ses membres ou avec un étranger, indifférement[3].

**378.** **DELIMITATION DE CETTE ETUDE. —** Pour une visée classique, il n'y a qu'une obligation entre indivisaires qui puisse, dans la mesure des biens indivis, bénéficier d'un régime de faveur. Le plan passif du problème allant toujours en se précisant, nous distinguons, au plan actif, créances de l'indivisaire et créances

---

*Du rapport des dettes*, thèse Paris, 1916 ; E. Emmanuel, *Conflit entre créanciers d'une succession solvable et héritiers insolvables, débiteurs d'un rapport en moins prenant*, Paris, 1918 ; Raynal, *Etude des prélèvements dans le régime de la communauté légale*, Paris, 1930 ; A. Julien-Laferrière, *Le rapport des dettes en droit positif français, sa nature juridique*, Bordeaux, 1934 ; Levié (ou Leviet), *Le rapport des dettes*, thèse Louvain, 1938 ; Garson, *Du rapport des dettes*, thèse Paris, 1939 ; J. Denecker, *La théorie générale des récompenses et son application aux libéralités faites par les époux communs en biens*, thèse Lille, 1943 ; Deshayes, *Les comptes entre co-héritiers*, thèse Caen, 1943. Une thèse signalée en préparation, peut-être fraîchement soutenue, de F. Martel, *Le rapport des dettes*, dir. G. Champenois. V. aussi E. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs. Le droit de succession en France — son fondement, sa nature*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1895, §§ 740-742.

[2] La théorie de la personne est en cause en ce que d'un côté les obligations avec les tiers font penser que la masse indivise est directement créancière ou débitrice, de l'autre ce sont les comptes entre indivisaires qui sont perçus comme des obligations vis-à-vis de la même masse (v. Ph. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°245, pp. 193-194). Pour une conception classique, l'hérédité est dissoute et les biens indivis ne sont rien d'autre que ce qu'ils sont, et il n'est pas d'autre personne juridique que celle de chaque indivisaire singulier qui puisse être le support, même provisoire, des droits, des créances et des dettes.

[3] Sur l'indivisaire créancier de l'indivision, P. Catala, « commentaire de la loi sur l'indivision », *Defrénois* 1979, art. 32160, n°59 ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°803 et 872 ; M. Grimaldi, *op. cit.*, note 15, p. 308 ; J.-G. Raffray et J.-P. Sénéchal, « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP* 1985, éd.N, I., n°58, p. 138 ; I. Lemaire, « L'intérêt du privilège de la séparation des patrimoines pour les créanciers successoraux », *JCP* 2001, éd. N., n°24, p.704 ; J. Patarin, « La double face du régime juridique de l'indivision », *Mélanges Hollraux*, Litec, 1990, p. 333 ; C. Saint-Alary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *Rtd. com.* 1979, pp. 645 et s. ; Y. Lequette, « Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'art. 815-17 du code civil », *Mélanges Alex Weil*, Dalloz-Litec, 1983, n°11, p. 375.

du défunt, que nous verrons en troisième partie. La notion que nous cherchons réside au sein de la classe plus générale des obligations dont la source procède simplement et directement des relations entre indivisaires personnellement. Cela comprend toutes les obligations contractées entre héritiers, avant ou depuis l'ouverture de la succession, avant ou pendant le partage. Il y a donc, au sein de cette classe, une notion d'obligations nées entre indivisaires à cause du bien successoral et de son partage. L'unanimité se fait en doctrine pour les soumettre, lors du partage, au régime susdit, mais nous pensons qu'il leur est spécifique, et que cette application devrait être exclusive.

**379.** LA QUESTION DU RAPPORT EN VALEUR. — Pour comprendre le rapport en valeur, nous allons poursuivre notre propos relatif au partage en nature ; nous ferons donc encore provisoirement abstraction du rapport en valeur en lui-même, manière - peut-être un peu artifielle - d'aller pédagogiquement du simple au complexe, du cadre au contenu, ou du modèle à son extension[4]. Notre théorie du rapport en valeur sortira du cœur de notre compréhension du partage en nature. Ceci pour deux raisons. La première est que tout rapport en nature peut contenir une part, plus ou moins importante, de rapport en valeur[5]; parce qu'il y a des pertes à compenser et des gains à récompenser[6]. L'obligation intervient donc alors ouvertement tant dans le rapport en nature que dans le rapport en valeur.

[4] Cf. A. Sériaux, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1986, n°172, p. 320, distinction du noyau central et du périphérique.
[5] Cf. n°325-326. R.-J. Pothier, *op. cit.*, t.1, p. 509, distinction de la division des biens et des raisons qu'ont à se faire les copartageants.
[6] V. *Institutes de Justinien*, 4.17.4 et 5 ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5ème éd., Paris : Arthur et Rousseau, 1911, p. 629.

Mais la seconde raison est que la clef de compréhension de tout rapport en valeur tient plus fondamentalement dans ce que même le partage du bien présent en nature, abstraction faite de la participation éventuelle auxquelles donnent lieu ses variations de valeur, fait en elle-même intervenir un rapport d'obligation[7]. Autrement dit, les obligations nées du partage sont de deux sortes, selon qu'elles procédent de l'attribution du bien présent en nature qui entre dans la composition d'un lot, ou qu'elles découlent du rapport fictif et de la participation aux gains et aux pertes. Nous distinguons donc le compte de la distribution des parts en nature du compte de la participation aux gains et aux pertes.

[7] Il ne nous semble pas que lorsqu'il parle du passage du partage en nature au partage en valeur comptable R. Savatier ait vu clairement que la comptabilité était d'ores et déjà présente avec le partage en nature : *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris : Dalloz, 1969, pp.174-176. Cf. J. Bernard de Saint-Afrique, *Jurisclasseur*, Partage., art. 816 à 842, fasc. 30, 11, 1998, nécessaire relation entre les comptes et le partage.

# Titre 1
# Le compte de la distribution des parts en nature

**380.** **LE PARTAGE, GENERATEUR ET EXTINCTIF D'OBLIGATIONS. —** La complication essentielle qu'il faut ici introduire tient à ce que l'opération du partage peut être génératrice et extinctive de créances et de dettes[1]. C'est là une source d'interférence essentielle entre le partage du bien et le paiement de l'obligation, et c'est le point qu'il s'agit d'éclaircir.

**381.** **L'ALLOTISSEMENT, ELEMENT DU PARTAGE. —** Toutes les théories du partage se rejoignent pour dire que l'allotissement, c'est-à-dire l'attribution d'une part à un indivisaire, est l'élément dont se compose, de manière simple ou complexe, le partage[2].

**382.** **THEORIE DE LA NAISSANCE D'UNE OBLIGATION. —** L'attribution d'un lot est un flux de valeur. Or, tout flux d'un patrimoine à l'autre appel la juste contrepartie, qui viendra le contrebalancer, de telle sorte que l'équilibre originaire soit rétablit et que la distribution initiale des biens entre les personnes soit respectée. L'idée

[1] Cf. Vincent (c'est approché de la question). V. lorsqu'on cite R.-J. Pothier, Aubry et Rau.
[2] Cf. *supra* n°293.

préside à l'ensemble du droit civil[3]. Elle est présente tant en droit des contrats et des quasi-contrats (gestion d'affaire et enrichissement sans cause) qu'en droit de la responsabilité civile. Cela explique l'apparition du prix, dans la vente, comme cela explique l'appel de la contrepartie, dans l'échange. Il en va de même dans le partage, et pour les deux théories.

**383.** PROPOS GENERAL DE CE TITRE. — Techniquement, l'attribution d'un lot est la cause d'un autre flux qui y réponde en contrepartie. L'attribution et sa contrepartie forment deux flux de sens contraire. Dans le contexte où nous sommes (de l'égalité dans le partage des biens) l'unanimité se fait en doctrine pour considérer que le partage est à la fois générateur, avec l'attribution, d'un flux de valeur, et garant qu'un autre flux de valeur y répondra en contrepartie, et l'on peut comprendre, dès lors, que le partage puisse être en quelque sorte garant de l'extinction des créances et des dettes dont il est la cause. C'est le cadre de ce processus de génération et d'extinction des obligations par le partage qui est analysé de diverses manières. Nous distinguons donc naissance et extinction de la créance de l'indivision.

[3] Cf. E. Lévy, *La vision socialiste du droit*, préface E. Lambert, coll. Internationale des Juristes Populaires, Paris : Girard, 1926, recueil de neuf textes, v. *La logique* (1903), p. 97 ; v. aussi C. Schmitt, « A partir du « nomos » : prendre, pâturer, partager. La question de l'ordre économique et social », *Commentaire*, n°87/Automne 1999, pp. 549-556, et *Le nomos de la terre*, trad. L. Deroche-Gurcel (trad. révisée par Peter Haggenmacher), coll. « Leviathan », Paris : Puf, 2001, 364 p.

# Chapitre 1
# Naissance de la créance de l'indivision à cause de la distribution des lots en nature

**384.** DECOMPOSITION DE L'OPERATION, AGENTS ET MONTANT DE L'ALLOTISSEMENT. — L'opération complexe qu'est la répartition des biens, nécessite, pour être définie, que l'on décompose méthodiquement jusqu'à l'élément dont elle est formée. L'attribution d'un lot est un flux qui a un montant et qui a lieu entre des agents. Et puisqu'il est la cause d'un autre flux qui y réponde en contrepartie, il a d'abord une contrepartie juridique immédiate et fictive, en ceci qu'il est la source d'une obligation pour le montant et entre les agents prédéfinis[1].

[1] L'obligation n'est pas la contrepartie réelle de l'allotissement (ce qui relève du chapitre suivant celui-ci), ce n'est encore qu'une promesse de contrepartie, qui s'analyse, en droit comptable, comme une contrepartie fictive. Cf. *supra*, n°78 et s.

## Section 1
## La cause de l'obligation[2]

**385.** OUTIL COMPTABLE NECESSAIRE A LA POURSUITE DE CETTE ANALYSE. — Le montant et la direction du flux de valeur représenté par l'allotissement dépend de l'identité et du nombre des agents entre lesquels il a lieu. La discussion porte sur ce point. C'est sous l'angle d'une approche technique comptable que nous allons poursuivre cette analyse du partage et de la discussion auquel il donne lieu[3]. N'importe quelle opération patrimoniale peut faire l'objet d'une analyse sous l'angle technique d'une approche comptable. Et la liquidation et le partage de l'indivision n'y échappent pas, qui donnent lieu à l'ouverture, entre les intéressés, d'un règlement de comptes[4]. La comptabilité permet la plus grande précision dans la description, dans l'évaluation du montant et dans le tracé du cheminement des flux de valeurs entre les comptes.

[2] Cf. *supra*, les conceptions du partage, germaniste (Livre 1er, Titre 1er, spéc. n°263 à 266) et classique (Livre 1er, Titre 2, spéc. section sur la nature du partage, n°347 à 354). M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°911, p. 894 (partage, compte) ; F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°934-935, pp. 747-749 (partage).
[3] La présente section présente la particularité de détailler sommairement et de manière un peu sèche les rouages comptables en cause. Dans un texte au demeurant superficiel et décousu, R. Savatier avait très justement noté que pour démêler les notions de rapport des dettes et de prélèvements, comme de récompenses (régime de communauté), et de distinction des actions individuelles et sociales (droit des sociétés), le juriste et le comptable avaient réciproquement besoin l'un de l'autre : R. Savatier, *Le droit comptable au service de l'homme*, Paris : Dalloz, 1969, n°167, p. 268. V. aussi A. Chavanne, *Essai sur la notion de compte en droit civil*, thèse Lyon, Paris : LGDJ, 1947. A côté du compte d'indivision il faut mentionner, toujours en droit des successions, le compte de l'héritier bénéficiaire, celui du curateur à succession vacante, celui de l'exécuteur testamentaire, le compte de tutelle, le compte de récompenses et celui, jadis, du mari dotal (en droit matrimonial), le compte de l'associé qui a effectué un apport en industrie, le compte du mandataire et enfin le compte courant.
[4] Un compte sert à additionner et à soustraire des valeurs. Il se compose de deux colonnes en vis-à-vis, dont l'une comprend les valeurs actives et l'autre les valeurs passives. Le compte permet d'enregistrer les flux de valeurs d'une personne à l'autre. Valeurs et flux réels, lorsqu'il s'agit d'un bien, fictifs, lorsqu'une personne s'oblige ou se libère à l'égard d'une autre. Cf. *supra* n°78 et s.

**386.** **La question du compte *ad hoc* de l’indivision. —** Il se trouve qu’il existe, précisément au sujet du nombre des comptes, deux méthodes pour décrire l’opération du partage[5]. La première comptabilité, que nous dirons classique, dresse un compte au nom de chaque indivisaire, sans ériger de compte supplémentaire spécial pour l’indivision. La seconde, actuellement la plus répandue (en doctrine et en pratique), érige au contraire un compte *ad hoc* pour l’indivision, en plus de ceux déjà érigés pour chaque indivisaire, méthode qui peut porter le nom de personnaliste, car elle procède, en comptabilité, comme si l’indivision était une personne[6]. L’une et l’autre sont utilisées dans une approche classique du partage, mais dans la théorie germaniste l’on utilise exclusivement la méthode de comput personnaliste[7].

**387.** **Tableau comparatif des comptabilites classiques et personnalistes. —** Nous allons comparer les deux méthodes, en donnant, alternativement, les points de vue comptables classique et personnaliste, aux différents stades de la liquidation de la masse, de la formation et de l’attribution des lots, et, à certains stades, sous des points de vue différents[8]. Commençons par distinguer la préparation du partage de l’attribution des lots.

[5] Sur lesquelles v. *supra* n°279.
[6] C’est l’idée d’un compte « commun ».
[7] Le personnalisme est une notion délicate ; par exemple, H. Corbin aussi parle de « personnalisme » (dans *Le Paradoxe du monothéisme*, Paris : L’Herne, 1981, p. 206).
[8] Sur ces opérations, cf. *supra* n°274-293.

## § 1
## *La préparation du partage*

Distinguons encore la liquidation de la formation des lots.

### A) La liquidation et l'évaluation

Il s'agit de liquider la masse partageable et les parts idéales[9]. La liquidation de la masse active ayant pour effet de liquider les parts des indivisaires.

#### 1) *Liquidation de la masse partageable*

**388.** COMPTABILITE CLASSIQUE. — La masse indivise est évaluée, le jour du partage, à trente six[10].

**389.** COMPTABILITE PERSONNALISTE. — Tout est d'emblée très différent. L'on érige, par pure fiction comptable, un compte *ad hoc* pour l'indivision. Les valeurs relatives à l'indivision y sont imputées, à l'actif. Le débit du compte de l'indivision se compose donc d'une masse de trente six[11].

[9] Nous reprenons d'une comptabilité à l'autre les deux cas de figures, celui où il y a deux héritiers d'égale vocation, et celui où il y en a trois.
[10] Pour la raison du choix de ce chiffre voir *supra* note 25 sous n°249.
[11] Débiter un compte traduit l'entrée d'une valeur, le créditer, une sortie. Cf. P. Lassègue, v° Comptabilité, *Encyclopaedia universalis*, Paris, 1984.

### 2) *Liquidation des parts idéales*

**390.** **COMPTABILITE CLASSIQUE. —** La part de chacun sur un tout liquidé, est, en présence de deux héritiers, de dix huit, elle est de douze s’ils sont trois.

**391.** **COMPTABILITE PERSONNALISTE. —** Les parts figurent à deux endroits. Au passif du compte d’indivision, et à l’actif des comptes respectifs de chaque indivisaire. Pour un compte de l’indivision composé, le jour du partage, à l’actif, d’une masse de trente-six, le passif de l’indivision sera composé pour la même somme des parts dues aux indivisaires. Deux parts de dix huit s’ils sont deux ou trois parts de douze s’ils sont trois. En réalité, du fait de la liquidation, les quote-parts sont réellement autant de créances qu’ont les indivisaires contre l’indivision. Les copartageants sont donc, en un sens précis, les créanciers de l’indivision. Chaque part forme un obstacle entre l’indivisaire et le bien indivis, de même qu’une obligation est un obstacle entre le créancier et le bien du débiteur.

**392.** **IDENTITE DES MONTANTS D’UNE COMPTABILITE A L’AUTRE. —** Remarquons que jusqu’ici les chiffres sont les mêmes d’un système comptable à l’autre.

## B) La formation des lots

**393.** **HYPOTHESE DE TRAVAIL. —** L’on suppose que l’on forme des lots proportionnels aux droits de chacun, et autant de lots qu’il y a d’héritiers. Cela signifie que la masse active est décomposée en deux ou trois compartiments de

dix huit (pour deux héritiers) ou de douze (pour trois héritiers). Poursuivons la confrontation des deux comptabilités.

**394.** **COMPTABILITE CLASSIQUE. —** La valeur des droits de chacun se divise avec son assiette. Dans le cas de deux indivisaires, les droits de l'un et de l'autre, sur un même lot de dix huit, valent chacun neuf ; s'ils sont trois leurs droits valent quatre sur chaque lot de douze. Ces valeurs figurent toujours à l'actif des comptes de chacun.

**395.** **COMPTABILITE PERSONNALISTE. —** Les lots que l'on compose dans la masse active, figurent évidemment toujours à l'actif du compte d'indivision. Il faut relever qu'ici les parts globales de chacun des héritiers ne se dispersent pas entre les différents lots, elles continuent de porter sur le tout de l'indivision et elles restent d'ailleurs imputées au passif du compte de l'indivision. Il ne se passe rien non plus à l'actif des comptes de chaque indivisaire.

**396.** **DIFFERENCE ENTRE LES DEUX COMPTABILITES. —** Concluons donc que l'on peut prendre comme un premier trait distinctif des deux théories l'analyse qu'elles font de la composition des lots. La différence va s'accentuer avec l'attribution des lots.

## § 2
## *L'attribution des lots*

Nous envisageons l'attribution du point de vue subjectif des intéressés, puis objectivement du point de vue extérieur de la direction et des agents entre lesquels a lieu le flux.

### A) L'attribution, subjectivement

Nous distinguons le point de vue de l'attributaire de celui de son ou de ses copartageants.

#### 1) *L'allotissement, du point de vue de l'attributaire*

Pour l'héritier attributaire l'allotissement représente un enrichissement.

**397.** COMPTABILITE CLASSIQUE. — Allotir un indivisaire, lui donner sa part, cela constitue *pour le moins* un flux de valeurs, un flux qui, autrement dit, peut faire l'objet d'une évaluation en argent, un flux qui a un prix. Peu importe que l'indivisaire gagne, dans le cadre du partage-expropriation, une quote-part de nature plus fugace que dans le cadre du partage-cession de parts[12]. Ici ce n'est plus la définition de la nature de l'objet du transfert qui est en cause mais sa

[12] Rappelons que ce gain, dans le cadre du partage-expropriation, ne signifie pas que l'indivisaire acquiert la propriété. L'indivisaire était dès avant le partage propriétaire de son lot. Seulement il subissait alors le concours de la propriété des autres, au lieu que, depuis le partage, il a la garantie d'être seul propriétaire, d'autant plus qu'ils ont été expropriés de telle sorte que le bien est libéré de toute charge par eux constituée. Dans la théorie de la vente ou de l'échange, ce sont clairement les droits de l'autre ou des autres indivisaires sur le lot, qu'ils vendent ou qu'ils remettent en échange à leur copartageant allotis, de telle sorte que celui-ci réunisse sur sa tête l'ensemble des droits sur le bien indivis, jadis dispersés entre les indivisaires.

traduction comptable. En tout cas il y a un afflux de valeur positive à l'actif du compte de l'attributaire du lot. Les deux partis doctrinaux classiques et du partage-expropriation sont d'accord sur ce point. L'attributaire voit son droit sur le bien prendre toute sa valeur, et s'élever, dans le cas des deux héritiers, de neuf à dix huit. Dans l'exemple des trois héritiers, le lot étant de douze, l'allotis voit son droit de quatre augmenter de huit et c'est une somme de douze qui figure désormais au débit de son compte. L'on ajoute donc, au débit du compte de l'alloti, pour deux héritiers, neuf, et pour trois héritiers, huit.

**398.** **L'ALLOTISSEMENT ET LES CREANCIERS DE L'ATTRIBUTAIRE. —** Remarquons que toute fluctuation affectant un compte, que ce soit à son actif (lorsqu'on le débite) ou à son passif (lorsqu'on le crédite), traduit moins peut-être les variations, en hausse ou en baisse, de la fortune du propriétaire éventuel de son actif, que celle du tiers dont les créances sont imputées au passif de ce compte. Car avoir sa créance imputée à un compte, où elle figure en tant que dette, signifie toujours que l'actif du même compte est le gage du créancier. Il s'agit de signaler, par conséquent, que lorsque le compte de l'indivisaire alloti est débité d'une somme, cela signifie, pour ses créanciers, que leur gage augmente.

**399.** **COMPTABILITE PERSONNALISTE. —** L'indivisaire alloti voit entrer son lot à son actif, et il s'enrichit dans cette même mesure, soit de dix huit s'ils sont deux héritiers, de douze s'ils sont trois. De la sorte, les créanciers de l'indivisaire voient surgir les mêmes sommes, à l'actif du compte de leur débiteur.

**400.** **DIFFERENCES ENTRE LES DEUX COMPTABILITES. —** Concluons que dans les deux comptabilités l'allotissement signifie une augmentation de l'actif de l'alloti, et aussi une augmentation du gage de ses créanciers. Mais la différence des sommes d'une comptabilité à l'autre est remarquable. L'analyse personnaliste exagère donc l'enrichissement de l'alloti et, par là même, l'augmentation du gage de ses créanciers personnels. Mais rappellons que dans un cadre d'analyse classique, tous les créanciers, qu'ils soient d'origine personnelle ou successorale, sont les créanciers personnels des héritiers. Tandis que le comput personnaliste distingue les créanciers personnels, dont la créance s'impute aux comptes personnels des indivisaires, et les créanciers de l'indivision, que nous dirons *ordinaires* (pour les distinguer des indivisaires eux-mêmes), dont les créances figurent au passif du compte du même nom.

### 2) *L'allotissement du point de vue des copartageants de l'attributaire*

**401.** **COMPTABILITE CLASSIQUE. —** Le fait de l'allotissement représente incontestablement une perte pour celui qui n'en est pas l'attributaire. Il perd la propriété du lot, et, avec elle, il perd la seule assiette qui lui garantissait la réalité de sa part idéale. L'attribution du lot signifie donc, à son égard, un appauvrissement. Son compte est donc crédité, ce qui, par une entrée au passif, traduit la sortie d'actif. La comptabilité opère la soustraction d'actif en entrant une somme au passif. Cela renvoit au créancier inscrit au passif du compte de

l'indivisaire appauvri l'image que son gage diminue, et que l'opération ressemble à celle d'un paiement. Dans le cas des deux héritiers, celui des deux qui perd son droit subit donc un appauvrissement correspondant à la valeur de ce droit, soit neuf sur un bien de dix huit. L'on porte neuf au crédit du compte de celui qui a perdu la propriété. S'ils sont trois, les deux indivisaires privés de leur droit perdent chacun quatre ; somme que l'on inscrit au compte de chacun des deux appauvris, ce qui fait huit en tout.

**402.** COMPTABILITE PERSONNALISTE. — Dans ce système, l'allotissement d'un indivisaire provoque un appauvrissement corrélatif de l'indivision, car c'est à elle que le lot est censé échapper. Le montant de cet appauvrissement est à la mesure exacte de la valeur dudit lot. Et c'est le seul flux qu'il y ait à enregistrer. Les comptes des deux autres indivisaires ne sont pas remués. Une somme unique est donc portée au crédit du compte de l'indivision, et rien à celui de l'autre ou des autres indivisaires : pour deux héritiers, la somme est de douze, et elle est de douze également pour trois héritiers. Tous les créanciers inscrits au passif du compte d'indivision sont censés voir directement diminuer leur gage lors de l'allotissement. Cela comprend à la fois les créanciers ordinaires[13] de l'indivision et les indivisaires eux-mêmes, en tant qu'ils en sont également les créanciers, y compris l'indivisaire allotis. Tandis que l'appauvrissement du gage des

[13] Nous les disons tels au regard des indivisaires (que l'on pourrait très bien dire, en quelque sorte, ainsi que nous nous en sommes expliqués *supra* n°195 à 197, des créanciers « extraordinaires »).

créanciers personnels des copartageants (et ici il ne s'agit que de ceux qui ne sont pas attributaires du bien) est réduit à rien.

**403.** **DIFFERENCES ENTRE LES DEUX COMPTABILITES. —** Concluons donc qu'ici la différence de comput est vraiment remarquable d'un système à l'autre. L'analyse personnaliste tend à masquer l'appauvrissement des copartageants derrière celui de l'entité indivision, qu'elle maximise. Il faut seulement faire remarquer, encore une fois, que dans la comptabilité classique le passif de chaque indivisaire comprend ses créanciers d'origine personnelle et les créanciers successoraux, au prorata de sa part ; tandis que dans la comptabilité personnaliste l'on distingue le passif de chaque indivisaire et le passif du compte d'indivision, qui comprend en particulier les créanciers successoraux, pour le tout de leur créance.

### B) L'attribution, objectivement (bilan de la démonstration)

**404.** **DIRECTION ET AGENTS ENTRE LESQUELS A LIEU LE FLUX DE VALEUR. —** Un flux de valeur positive a lieu au profit de l'alloti. Un autre flux, d'égale valeur, mais négatif, lui correspond. Les deux variations de fortune s'expliquent l'une par l'autre.

**405.** **COMPTABILITE CLASSIQUE. —** D'un côté l'indivisaire alloti s'enrichit, de l'autre son ou ses copartageants s'appauvrissent. L'enrichissement de l'alloti tient au fait que désormais son lot lui appartient exclusivement, et cela s'explique par la perte de la propriété du bien, dont souffrent ses copartageants.

Les deux flux n'en forment qu'un. Ils sont corrélatifs l'un de l'autre. L'unité peut se faire en doctrine sur une définition des parts dont il est question ici comme de purs articles de comptes, seulement arithmétiquement correspondants à la vocation de chacun sur le lot. Ce n'est donc pas qu'il s'agit, pour sortir le bien de l'indivision, d'en réunir les parts, c'est simplement que sa sortie de l'indivision revient à une telle réunion.

**406.** L'INTERET DE L'INDIVISION EST DU COTE DE L'APPAUVRI. — Notons que si le flux de valeur a bien lieu entre indivisaires, il est permis de désigner, du mot d'indivision, l'un des deux termes de ce rapport. Il ne s'agit que de mentionner quelque chose comme l'intérêt de l'indivision. Précisons que la notion orthodoxe d'indivision n'ira jamais jusqu'à employer le terme pour désigner une entité du même ordre qu'une personne. En fait de personne, il n'y a que les indivisaires, mais, dans leurs relations mutuelles, il est possible de distinguer un pôle de l'indivision et un pôle plus individuel. Il s'agit donc d'un emploi du terme qu'il faut soigneusement distinguer de celui qu'en font les germanistes, parce qu'à l'évidence l'homonimie constitue une source inépuisable d'ambiguïté. L'indivision n'est pas du côté de l'attributaire du lot, du côté du *lucrum*. S'il faut faire figurer l'indivision quelque part, ce sera sans doute du côté du *damnum*, du côté de l'indivisaire qui s'appauvrit. D'une certaine manière, à travers son appauvrissement personnel, c'est elle qui s'appauvrit, puisqu'elle disparait. Par

conséquent l'on peut voir dans l'allotissement le germe d'une notion orthodoxe de l'indivision.

**407.** **COMPTABILITE PERSONNALISTE. —** L'allotissement est un mouvement de valeur qui opère entre le compte de l'indivision et celui de l'indivisaire concerné, sans toucher ceux de ses copartageants. Le lot a disparu de l'actif de l'indivision pour apparaître à celui de l'alloti. Le flux de valeur est ici d'autant plus clairement censé avoir eu lieu entre le compte de l'indivisaire et celui de l'indivision qu'il traduit sans conteste un transfert de la propriété.

**408.** **DIFFERENCES ENTRE LES DEUX COMPTABILITES. —** Nous pouvons conclure du cheminement de cette comparaison que les entités entre lesquelles ont lieu les flux sont distinctes d'une analyse à l'autre. Le flux, dans la comptabilité classique, n'a lieu qu'entre les seuls indivisaires, tandis que dans la comptabilité personnaliste il a lieu entre l'entité indivision et l'un des indivisaires. Et les sommes sont différentes. L'une et l'autre analyse comptable donnent donc chacune une image différente des fluctuations du rapport entre plans actifs et passifs de l'indivision. Mais la question de savoir laquelle est la plus fidèle n'est pas une question comptable, c'est une question juridique.

## Section 2
## L'objet de l'obligation

**409.** **ACCORD EN DOCTRINE SUR LE PRINCIPE D'UNE OBLIGATION CONTREPARTIE DE L'ALLOTISSEMENT.** — Le flux représenté par l'allotissement est source de contrepartie. Sur ce point, toute la doctrine est unanime. En attendant, et même, quasiment, pour appeler ce reflux, l'enrichi est *obligé* à l'égard de l'appauvri[14]. Autrement dit, l'allotissement génère une obligation. L'on sait que la comptabilité analyse techniquement l'obligation en un flux qui représente la contrepartie fictive de l'allotissement, en attendant sa contrepartie réelle. C'est ainsi qu'est provisoirement maintenu dans les comptes l'équilibre rompu par la sortie du bien de l'indivision. Une créance est donc inscrite au débit du compte de l'appauvri, et une dette entre au crédit du compte de l'enrichi.

**410.** **OPPOSITION DES CLASSIQUES ET DES GERMANISTES.** — Pour une vision classique, créance et dette ne peuvent reposer que sur une personne et il n'y a nulle autre personne que les indivisaires, par conséquent créances et dettes ne peuvent reposer que sur eux. Au contraire, il est des doctrines, que nous avons réunies sous l'appellation de germanistes, dont le trait commun est de concevoir sans difficulté que la masse indivise soit, à l'instar des patrimoines des indivisaires, composée d'un actif et d'un passif - conception qui repose, à nos yeux, sur l'idée erronée d'une personnalité de la masse.

[14] Cf. l'obligation en comptabilité *supra* n°77 et s.

## A) La créance

Cela a un sens en soi d'inscrire une créance dans la colonne active d'un compte, mais cela se traduit autrement au regard du passif du même compte.

### 1) *La créance, élément de l'actif*

**411.** L'INTERET DE L'INDIVISION EST DU COTE DU CREANCIER. — La notion d'indivision est du côté du créancier, mais elle l'est de manière très différente d'une analyse à l'autre.

**412.** COMPTABILITE CLASSIQUE. — Pour la visée comptable classique l'obligation qui nait de l'allotissement se noue sans conteste entre deux indivisaires, dont l'un est le créancier personnel de l'autre. La créance est portée à l'actif de l'indivisaire qui s'appauvrit. Lorsqu'il n'y a que deux copartageants, l'obligation est née clairement entre eux. Elle est de neuf dans l'exemple que nous avons donné. Lorsqu'il y a trois indivisaires, les deux copartageants de l'attributaire inscrivent chacun une créance de quatre à leur actif, ce qui fait un total de huit. Et l'alloti est bien débiteur de l'un et de l'autre, en vertu de deux obligations distinctes.

**413.** LA NOTION DE CREANCE DE L'INDIVISION. — Toujours est-il que dans l'analyse classique il n'y a de créanciers que personnels, que ceux-ci aient contracté leur droit du chef du défunt ou du chef d'un héritier, avant comme après l'ouverture

de la succession. Néanmoins, dans cette conception aussi il est permis d’employer le terme d’indivision en matière d’obligation. Ce n’est certes pas pour désigner une entité fictive qui serait créancière. L’obligation a bien lieu entre deux indivisaires. Mais il s’agit de désigner, par le mot d’indivision, l’un des deux termes du rapport obligatoire. La dette est clairement à la charge de l’alloti enrichit, et la créance à l’actif des indivisaires appauvri. Mais puisque l’on peut dire que dans l’allotissement l’indivision est du côté de l’appauvri, par conséquent elle est représentée, de même, par cet indivisaire créancier. Le terme d’indivision peut dès lors désigner, dans la relation obligatoire entre deux indivisaires à cause de l’allotissement, le point du vue du créancier. Tel est le germe d’une notion orthodoxe de créance de l’indivision[15].

**414.** VARIANTE HYBRIDE DES DEUX COMPTABILITES. — Ne revenons pas sur l’analyse comptable personnaliste qui perçoit clairement la créance comme imputée, pour la valeur du lot (dix huit s’il y a deux héritiers, douze s’il y en a trois) à l’actif du compte de l’indivision. Faisons mention, tout de même, d’une certaine variante de la doctrine comptable personnaliste qui avait dévelloppé une vision de l’allotissement d’un type en quelque sorte intermédiaire entre l’analyse classique et la comptabilité personnaliste. Il s’agissait de dire qu’une obligation unique naissait pour la valeur du lot transmis, mais qu’ensuite au lieu de demeurer à l’actif d’un compte d’indivision, la créance se divisait aussitôt (*ipso iure*) entre

[15] Cf. *supra* n°406.

les différents indivisaires au prorata des parts de chacun[16]. La portion de la créance retombée sur la tête de l'indivisaire attributaire s'éteignait par confusion, puisque celui-ci était à la fois débiteur et créancier, et seule subsistait la partie retombée sur celle du ou des indivisaires non attributaires. Le résultat était donc le même qu'en comptabilité classique, mais le moyen employé était bien celui de la comptabilité personnaliste.

**415.** COMPLEXITE DE L'ANALYSE CLASSIQUE. — Notons que du seul fait de l'obligation entre indivisaires l'analyse classique développe une corrélation compliquée de l'actif et du passif de l'indivision *lato sensu*. En effet, dirigée contre un membre de l'indivision, la créance d'un indivisaire peut être considérée comme appartenant au plan passif de la situation, mais elle peut aussi bien, en tant précisément que le créancier est un indivisaire, être prise comme constitutive du plan actif du problème. A cet égard, l'analyse personnaliste est plus claire, qui sépare les obligations qui mettent directement les indivisaires en relation, et celles qui ont un rapport avec l'indivision, et qui figurent à son actif ou à son passif.

### 2) *La créance, au regard du passif du compte*

**416.** LES CREANCIERS DU CREANCIER. — La créance de l'indivision est imputée à l'actif d'un compte qui a un passif. C'est dire que le créancier à cause de

[16] L'analyse était calquée sur la notion de la division des créances successorales. C'était une erreur, parce que l'allotissement n'a rien de commun avec la division des obligations. Nous reviendrons sur cette théorie, qui, à propos du rapport, a connu son heure de gloire en doctrine.

l'indivision a des créanciers qui envisagent eux-même cette créance comme un élément de leur gage.

**417.** **COMPTABILITE CLASSIQUE. —** Dans la comptabilité classique, le phénomène vaut pour les créanciers de l'indivisaire créancier, lorsqu'il y a deux indivisaires, ou, lorsqu'il y a trois indivisaires ou plus, cela vaut pour les créanciers personnels respectifs de chaque indivisaire créancier. Les créanciers de chaque indivisaire se répartissent en créanciers d'origine personnelle et d'origine successorale, mais le créancier successoral figure nettement, pour chaque portion de sa créance, au passif de chaque héritier.

**418.** **COMPTABILITE PERSONNALISTE. —** Le système personnaliste est très différent puisque l'indivision se compose d'un passif qui réunis les indivisaires eux-mêmes, en tant que leur part, liquidée, fait d'eux des créanciers, et les autres créanciers de l'indivision, parmi lesquels il faut compter le créancier successoral, qui s'inscrit pour le tout de sa créance.

**419.** **ATTEINTE PORTEE AU GAGE DES CREANCIERS. —** Quelle que soit l'analyse, en tout cas il faut seulement préciser qu'il en va pour le créancier comme pour son débiteur. Une créance vient remplacer le lot qui leur a échappé. A la place d'un bien indivis, il y a un tiers qui doit de l'argent. La propriété des indivisaires sur la succession s'est provisoirement traduite en créances, et à cet égard l'allotissement représente très nettement la perte, non pas seulement d'une valeur, mais encore d'une garantie. Car les biens en l'état indivis garantissaient

la part idéale. Perdre la propriété d'un lot c'est perdre, par conséquent, une portion de la garantie de sa part. Car au regard de la garantie que présente un bien, une créance ne pourra jamais remplacer le lot à l'état indivis. La créance est seulement *censée* remplacer le bien, ce n'est encore qu'une promesse de contrepartie, dont la valeur dépend de la solvabilité du débiteur. Un créancier n'a pas contre le débiteur de son débiteur, plus de droit que ce dernier.

### B) La dette

**420.** LA DETTE DU POINT DE VUE DE L'ACTIF ET DU PASSIF DU COMPTE. — La créance de l'indivision *lato sensu*[17], née à cause de l'allotissement, est inscrite au passif du compte de l'indivisaire débiteur. De ce point de vue, c'est une dette et son inscription au passif d'un compte invite à envisager la perspective représentée, 1° par les biens et les créances qui composent l'actif du même compte, car ils sont appelés à répondre de la dette, et 2° par les autres éléments du passif auquel la dette est inscrite, et qui traduisent l'existence d'autres créanciers. Les deux plans doivent être envisagés ensemble.

**421.** CONFLIT ENTRE LES CREANCIERS DE L'ATTRIBUTAIRE. — Pour les autres créanciers de l'attributaire du bien, créanciers "ordinaires", autres que créanciers à cause de l'allotissement en question, l'inscription du créancier à cause de l'indivision au passif vient contrebalancer, dans une mesure incertaine,

[17] Dans la comptabilité classique, qu'il soit le seul ou non, quoi qu'il en soit le créancier à cause de l'indivision est toujours un indivisaire.

l'augmentation de leur gage que représentait incontestablement l'allotissement. Et ces mêmes créanciers “ordinaires” incarnent, aux yeux du créancier à cause de l'indivision, tout le risque qu'il court de n'être jamais payé. Quelle que soit la méthode d'analyse comptable, l'on conçoit très bien qu'un conflit puisse, pour la répartition de l'actif du débiteur, opposer, d'un côté, le créancier à cause de l'indivision (et, par lui, ses propres créanciers), et, de l'autre, un créancier que nous dirons ordinaire. Et l'on comprend que le lot puisse constituer l'objet spécifique de ce conflit. Au-delà les choses s'analysent très différemment d'une comptabilité à l'autre.

**422.** **LE CREANCIER A CAUSE DE L'INDIVISION N'A PAS DE PRIVILEGE SUR LE LOT. —** Dans la conception classique, le passif de l'indivisaire est, relativement aux biens successoraux, soumis à l'ordre fondamental du droit successoral, qui classe les créanciers en fonction de leur origine personnelle et successorale. L'indivisaire créancier à cause de l'indivision est, à l'égard de cet ordre, un créancier *ordinaire*. Car aucun lien particulier ne se tisse entre sa créance et les biens successoraux entrés dans la composition du lot qui lui a échappé. Dans l'analyse classique, en effet, le créancier à cause de l'indivision ne peut pas prétendre bénéficier, sur le lot attribué, d'un privilège analogue de celui du vendeur de meuble sur le bien vendu. Nous retrouvons ici, de manière plus précise que précédemment, la dispute qui divise la doctrine classique du partage. Et il vaut la

peine de noter comment fonctionne, en l'occurrence qui nous occupe ici, les deux logiques contraires du partage-expropriation et du partage cession.

**423.** FONDEMENT DE CETTE SOLUTION. — La créance à cause de l'indivision, est, si l'on veut, une créance de prix. Mais dans le cadre de l'allotissement conçu comme une expropriation, ce prix n'est que l'argent de la perte de la propriété ; ce n'est, à la limite, que l'indemnité et la monnaie de la cession d'une part idéale, fictive et purement comptable, sur laquelle aucun privilège du vendeur ne saurait adhérer, et sur laquelle ne peuvent peser ni le droit de gage général des créanciers du cédant, ni les hypothèques constituées de son chef[18]. C'est, pour l'alloti, la garantie que sa part idéale se réalise pleinement et sans contrainte d'aucune sorte sur son lot[19].

**424.** DOCTRINE CLASSIQUE DU PARTAGE-CESSION. — Mais il est vrai, en revanche, que dans le cadre de la théorie de la cession de la part comme transfert de la propriété du bien, il serait naturel que le cédant bénéficie, pour le paiement de sa créance, d'un privilège sur les autres créanciers du cessionnaire, relativement au

[18] Nous voyons dans l'analyse de l'allotissement en terme de vente une manière en réalité bien romaine de procéder. La doctrine a pu entendre désigner, derrière la vente, une opération *sui generis* qui entre, certes, dans la compréhension de la vente elle-même, mais comme elle entre dans celle de l'échange, du prêt, de la fiducie ou du partage ; et comme elle intervient dans la dot, dans la tutelle des mineurs. La vente contient, autrement dit, le droit commun d'un certain type d'opération. Sinon il fait admettre que l'objet vendu est très particulier, puisque ce que l'on marchande, ce n'est que l'expropriation volontaire ou forcée.

[19] C'est d'ailleurs du point de vue de l'alloi que l'on parle de la garantie du copartageant. Car lui garantir l'intégrité de son lot contre le trouble et l'éviction c'est lui garantir que sa part idéale s'est bel et bien réalisée, et que, par conséquent, la cause de sa dette est bien fondée. Il s'agit d'une action récursoire, que nous envisagerons lorsque nous aurons pris une vue d'ensemble du processus d'allotissement. Sur le privilège du copartageant, v. F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°967-969, pp. 782-784 ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n°928-931, pp. 909-911.

bien cédé, et au prorata de sa part[20]. Dans ce système, c'est donc l'intégration de l'allotissement dans le champ d'application de la fiction de l'article 883 qui a pour effet que le lot attribué ne puisse constituer le gage de la créance dont il est la cause[21]. La solution sera donc finalement identique d'un système à l'autre. Il n'y a pas de lien entre la créance qui nait en contrepartie de l'allotissement et le bien qui en est la cause. Les indivisaires créanciers de l'allotis et les propres créanciers de ce dernier sont donc à égalité de ce point de vue.

**425.** **Ordre successoral des paiements. —** Dès lors, la créance de l'indivision court un double risque de n'être pas honorée sur le lot transmis. D'une part, l'indivisaire créancier à cause de l'indivision, n'étant pas créancier du défunt, est rangé dans la classe des créanciers d'origine personnelle de l'indivisaire. Sur les biens échus à son débiteur, il passe donc après les créanciers successoraux. Cet ordre, relativement à des biens successoraux, est normal. Ceux-ci constituent le gage des créanciers du défunt. Il est naturel qu'ils soient les premiers à bénéficier des biens successoraux qui sortent de l'indivision. Cela représente d'ailleurs, pour le créancier successoral, la garantie de ce que la division *ipso iure* de sa créance entre les héritiers ne lui nuira pas, puisqu'il bénéficie toujours de son privilège sur la part de biens échue, dans les mêmes proportions, à l'héritier son débiteur. Pour le créancier à cause de l'indivision, il faudrait que le

[20] Tout le système de la cession des parts nous semble s'être bâti en partant du constat qu'il y avait des obligations qui naissaient du partage. L'induction, partie de l'obligation, est remontée jusqu'à une cause supposée.

[21] H. Capitant s'étonnait que les romains n'aient pas déjà pensé à l'ingénieuse solution de la fiction (« L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 33).

lot épuise les créances successorales pour qu'il puisse prétendre à un reliquat. Mais c'est alors que se présente, d'autre part, le second risque que le créancier à cause de l'indivision court de n'être pas payé. Car dans le conflit qui l'oppose aux créanciers personnels de l'attributaire, c'est l'égalité qui règne. Par conséquent, si le débiteur ne présente pas de gage suffisant par ailleurs (et telle est, en fait, l'hypothèse qu'il faut considérer), le risque est donc grand que la créance ne soit pas honorée, et, par conséquent, puisqu'elle intervient dans la mesure du partage, que l'égalité des héritiers ne soit pas respectée.

**426.** **Analyse personnaliste. —** Le problème et ses modalités sont les mêmes dans le cadre comptable personnaliste, mais ils y sont analysés très différemment. Peut-être y-a-t-il un lien d'auteur à ayant cause entre l'indivision et l'attributaire, relativement au lot transféré. Quoi qu'il en soit, le passif du compte de l'indivisaire alloti se compose, en fait de dettes personnelles, de dettes d'origine exclusivement personnelle, et sa dette à cause de son allotissement a lieu envers l'indivision. Et corrélativement, c'est exclusivement à l'actif du compte de l'indivision elle-même qu'est imputée la créance née à cause de l'allotissement. C'est au passif de la même indivision que l'on trouve, 1° des créanciers très “ordinaires” apparus *post mortem*, 2° les créanciers du défunt, qui figurent à ce passif pour le tout de leur créance, 3° chacun des indivisaires, pour les créances qui résultent de la liquidation de leur part (et, derrière eux, leurs créanciers personnels). Par conséquent, l'indivisaire attributaire du bien, qui

figure à l’actif de l’indivision en tant que débiteur, se retrouve, au passif du même compte, en tant que créancier de l’indivision. Mais être allé jusqu’ici c’est avoir déjà commencé d’aborder l’étude de la garantie de l’égalité du partage, que contient cette opération. Et c’est seulement ensuite de ce stade que l’analyse personnaliste fait intervenir la division du passif, dont il faut tenir compte pour une comparaison exacte avec l’analyse faite dans un cadre classique des termes et du dénouement du conflit des créanciers personnels et successoraux.

# Chapitre 2
# La compensation, garantie de l'extinction de la créance de l'indivision

Lorsque deux personnes sont réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre, lorsque, pour reprendre une image évocatrice, les deux obligations sont *croisées*[1] et qu'elles ont le même objet, il peut s'opèrer une extinction des deux dettes, à hauteur de la plus faible, que l'on appelle la compensation[2]. Or, quelle que soit l'analyse comptable, l'on est, en matière de partage, devant le cas d'obligations réciproques. Nous soutenons donc que la compensation intervient dans les comptes de partage. Le partage contient naturellement en lui-même, avec le mécanisme de l'extinction des obligations par compensation, la garantie du paiement des créances qu'il génère. La compréhension de la comptabilité du partage est donc tributaire de celle du mécanisme de la compensation. Plus fine sera la compréhension de la compensation, meilleure sera l'analyse théorique de l'indivision.

[1] Cf. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, vol. 6 du *Cours de droit civil*, 10ème éd., Paris : Cujas, 1999, n°1068, p. 641 ; A. Bénabent, *Les obligations* (vol. du *Droit civil)*, coll. Domat-droit privé, 7ème éd., Paris : Montchrestien, 1999, n°819, p. 511.
[2] A.-E. Giffard et R. Villers, *Droit romain et ancien droit français : les obligations*, 4ème éd., Paris : Dalloz, 1976.

## Section 1
## Théorie générale de la compensation

**427.** NATURE DE LA COMPENSATION. — Les auteurs reconnaissent que dans le détail le procédé est difficile à cerner[3]. La compensation est un mode d'extinction des obligations, mais sa nature précise n'est pas évidente, au regard, en particulier, de la catégorie du paiement.

**428.** LE PAIEMENT, EN COMPTABILITE. — Il est nécessaire de commencer par répéter ici la logique comptable du paiement[4]. L'opération de crédit suppose, en comptabilité, le circuit d'un flux fictif, qui double et croise le flux et le reflux réels de valeurs qui sont la contrepartie l'une de l'autre. Le point de départ se situe lors de l'ouverture de crédit, lorsque le débiteur ouvre un compte qu'il crédite, comme si une valeur sortait de son actif, alors qu'il n'en est rien. Corrélativement, le créancier ouvre un compte qu'il débite comme si une valeur y entrait. Ensuite, lors du paiement, le créancier *accipiens* crédite à son tour son compte, comme si la valeur ressortait de son actif, tandis que le débiteur *solvens* débite le sien, comme si elle revenait. En vérité, puisqu'au départ aucune somme ne correspondait à celle inscrite par lui au passif, le débiteur enregistre à cette place la somme fictive qui figure la valeur de retour. Débit et crédit se correspondent alors, et ils s'annulent, ce qui signifie que l'obligation, qui ne correspondait à rien de réel, s'est éteinte.

[3] Il faut dire que le législateur n'est pas prolixe quant à la nature de l'opération : art. 1289 C. civ. : « Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés. »
[4] Cf. *supra* le paiement, en comptabilité : n°77 s.

**429.** **OBLIGATIONS EN PRESENCE DANS LA COMPENSATION. —** Il ne faut donc pas oublier qu'au plan de la fiction comptable les créances réciproques sont d'abord deux contreparties fictives qui procèdent chacune de flux réels distincts, qui ont eu lieu en sens contraire, et dont elles sont la cause. Ces deux flux réels attendent leur contrepartie réelle.

**430.** **IDEE GENERALE DE LA COMPENSATION. —** La compensation intervient dans une situation où deux personnes sont d'ores et déjà obligées l'une envers l'autre de payer une somme d'argent pour deux causes distinctes[5]. Si le processus suivait son cours il y aurait normalement deux paiements indépendants, constitués de part et d'autre d'un flux réel et d'un reflux fictif. La compensation va court-circuiter les deux processus et n'en faire plus qu'un en les terminant l'un par l'autre.

**431.** **EXPLICATION COMPTABLE DE LA COMPENSATION. —** La compensation ne nécessite aucun flux de valeur supplémentaire. Il n'y a pas non plus, pour emprunter le terme à la comptabilité, de compte à *remuer*. L'opération de compensation consiste, pour l'une des deux personnes, à imputer sa créance sur sa dette. Primus, par exemple, dispose d'une créance *a*, qui, pour sortir, nécessite que l'on en inscrive la valeur au passif, sur la même ligne de compte. Sur une autre ligne de compte il a inscrit sa dette *b*, et il attend d'en être libéré pour

[5] Il faut deux *obligations* au strict sens civil. Si l'on a d'une part une obligation et de l'autre le devoir de rendre une chose à son propriétaire, il ne peut y avoir de compensation entre la créance et le devoir de restituer la chose (et réciproquement, entre la dette et le pouvoir de réclamer la restitution de la chose). Cf. Civ. 1re, 10 juin 1987, *Bull. civ.* I, n°187.

pouvoir en inscrire la valeur à l'actif. Le court-circuit a lieu au sein des comptes de Primus, lorsqu'il réunit et confond sur une ligne unique deux lignes de compte qui portent, l'une, une valeur à l'actif (la créance) mais rien au passif, et l'autre une valeur au passif (la dette) et rien à l'actif. La créance et la dette sont alors en interface. De la sorte la dette *b* est affectée à la créance *a*, et réciproquement[6]. C'est ce qui les annule *ipso iure* à hauteur de la plus faible des deux. La créance *a*, qui n'est qu'une présence fictive à l'actif, vient dès lors combler le vide, à l'actif, introduit par la dette *b*, qui consiste à enregistrer une soustraction d'actif sans l'opérer. Au sens strict du terme, la compensation consiste à mettre en balance les articles actifs et passif d'un compte[7]. Cette façon de voir la compensation nous semble la plus juste et la plus claire qui soit.

**432.** COMPARAISON DE LA COMPENSATION ET DU PAIEMENT. — Il faut remarquer que la compensation correspond ainsi *extérieurement* à la définition du paiement. Car normalement lors du paiement il se produit, pour l'obligation, une sorte de compensation, dans la mesure où le débiteur fait entrer en ligne de compte une valeur qui réponde à sa dette et qui permette de solder son compte. Mais cela se

[6] Ou bien est-ce que le comptable, pour opérer, inscrira une valeur au crédit du compte qui contient la créance et une autre au débit de celui qui contient la dette ? Cela n'invalide pas l'analyse juridique du procédé.

[7] Cf. R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris et Orléans, 1761, n°587 (t.2, pp. 159-160 de l'édition de 1768) : "La compensation est l'extinction qui se fait des dettes dont deux personnes sont réciproquement débitrices l'une envers l'autre, par les créances dont elles sont créancières réciproquement l'une de l'autre (…) la dette dont je suis tenu envers vous sera éteinte par droit de compensation, par la créance de pareille somme que j'ai contre vous; et *vice versa*, la dette dont vous êtes tenu envers moi, sera éteinte par la créance que vous avez contre moi." Modestin, *Dig.* 16. 2 [*De compensationibus*]. 1. : "compensatio est debiti et crediti inter se contributio" ; Pomponius, *Dig.* 16. 2. 3. "Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere".

produit alors dans le compte du débiteur, en vertu d'une entrée de valeur à l'actif (fictive, certes, mais dont la contrepartie est réelle). Et surtout, il y a une correspondance naturelle entre la dette initiale et la valeur à l'actif qui lui est imputée. L'on peut dire que cette valeur d'actif est exactement celle que le créancier avait inscrite à son actif et qui était censée provenir de l'actif du débiteur. Dans la compensation il s'agit de deux obligations distinctes, tandis que dans le paiement la créance et la dette qui se correspondent constituent finalement une seule et même obligation.

**433.** **Comparaison de la compensation et de la confusion. —** La compensation peut aussi être comparée à la confusion. En cas de confusion, lorsque le créancier hérite de la dette, ou lorsque le débiteur hérite de la créance, il arrive que l'on opère une forme de compensation entre actif et passif[8]. Le point commun entre compensation et confusion, qui les distingue du paiement, tient à ce que l'imputation, sur la même ligne de compte, de la valeur du créancier et de la dette du débiteur, ne procède pas de la contrepartie du reflux fictif que l'on attendait. Néanmoins, à la différence de la compensation, et comme dans le paiement, il faut noter que dans la confusion il s'agit toujours de la même obligation. Et l'on s'attend normalement, en cas de paiement comme en cas de

[8] Les rédacteurs du code civil n'auraient pas été très scrupuleux avec la logique de la lettre, et se seraient, dit-on, perdus un peu en route (art. 1300: “Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances”).

confusion, à ce que l'obligation s'éteigne, parce que dette et créance figurent d'emblée et naturellement sur les mêmes lignes de comptes.

**434.** THEORIE CONTRADICTOIRE DE LA COMPENSATION PAIEMENT ET NON PAIEMENT. — Il y a plusieurs façons d'appréhender la relation du paiement et de la compensation. Une première explication procède simultanément à une qualification et à une disqualification. J. Carbonnier, par exemple, explique la compensation par deux propositions contradictoires, en disant que « chacun des deux intéressés se *paie* de sa créance en ne payant pas sa dette (et) à l'inverse, qu'il paie sa dette en *ne se faisant pas payer* de sa créance » (nous soulignons )[9]. Nous avouons ne pas voir la cohérence de l'opération. Si l'on prend une seule des deux obligations, il y a paiement de la dette de Primus envers Secondus, et, sous cet aspect, paiement de la créance de Secondus sur Primus ; mais l'on nous dit que simultanément, Primus ne paie pas cette même dette envers Secondus, dont la créance n'est donc pas honorée. Que veut-on dire ? Soit le paiement se

[9] J. Carbonnier, *Les obligations*, t.4 du *Droit civil*, coll. Thémis-droit privé, 21ème éd., Paris : Puf, 1998, n°337, p. 557 ; cf. R. Mendegris, *La nature juridique de la compensation*, thèse Grenoble, 1967, préface P. Catala, Paris : LGDJ, 1989, 188 p., p. 21 : « Chaque partie est payée de ce qui lui est dû en ne payant pas ce qu'elle doit. », p. 22 : « elle permet d'éviter deux paiements réciproques », p. 23 : « recevant son dû en ne payant pas ce qu'il doit », et p. 36 : « soustraire les titulaires ( …) à la nécessité de deux exécutions séparées, pour parvenir à leur extinction par une sorte de soustraction juridique". Ce sont des propos dits incidemment, comme s'ils allaient de soi, et c'est ainsi que le problème n'est pas abordé. Cf l'explication (obscure) de Doneau, cité par R. Saleilles, *Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1925 (réimpression, coll. Références, Paris : La mémoire du droit, 2001), n°59, pp. 46-47 : "La compensation s'opère, dit-il, lorsque l'un des débiteurs veut payer son créancier avec les valeurs que celui-ci lui doit et en refusant par conséquent de les toucher lui-même ; de cette façon, il cesse d'être débiteur et, d'autre part, son créancier se trouve libéré, il y a paiement (Cf. Doneau, *De jure civili*, Norimbergae, 1801, lib. XVI, cap. XV, § I : Compensare namque dicitur debitor, qui cum ei vicissim aliquid debetur a creditore eodemque actore, *vult* quod sibi debetur *ab eo retineri ne amplius debeat*, et simul id sibi pro depenso, seu pensato apud eum esse, ut tanquam eo soluto desinat vicissim et ipse debere.) et du moment qu'il y a paiement, les deux dettes se trouvent éteintes de plein droit jusqu'à concurrence de la plus faible : la libération est acquise comme elle le serait au moyen d'un paiement réel… »

fait, soit il ne se fait pas. L'on pourrait d'ailleurs supposer qu'il se fasse pour l'une des deux obligations en ne se faisant pas pour l'autre.

**435.** CONTROVERSE SUR LA NATURE DE LA COMPENSATION AU REGARD DU PAIEMENT. — La majeure partie de la doctrine conçoit les choses de façon plus tranchée, considérant soit qu'il s'agit fondamentalement de non-paiement, soit qu'il s'agit au contraire de paiement[10]. Pour les premiers, les obligations s'éteignent parce que chaque créancier renonce à se faire payer sa créance. Autrement dit, personne ne paie sa dette. Peut-être s'agit-il d'une remise de dette réciproque[11]. Pour les autres, au contraire, la compensation se rattacherait au paiement[12]. Si les obligations s'éteignent, c'est en vertu d'un paiement. Ce dernier courant doctrinal précise parfois sa position en parlant de dation en paiement. C'est le terme de *datio* que l'on trouve en droit romain[13]. Cela nous semble pouvoir correspondre à la réalité de la compensation, à condition que l'on précise l'objet de la dation et le sens de cette analogie.

[10] Certains ouvrages juxtaposent les deux explications, sans dire qu'elles sont exclusives, mais sans non plus les associer dans une même explication.

[11] P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, p. 220, qui mentionne la proximité de la compensation et de la remise de dette dans le plan du code, et F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, vol. du *Droit civil*, coll. Précis Dalloz, 7ème éd., Paris : Dalloz, 1999, n°1293, p. 1157, parlent de renonciation à la créance. C'est à ce courant que nous semble pouvoir être rattaché le précédent.

[12] P. Raynaud, *op. cit.*, p. 220 : « Officiellement le code civil traite de l'institution au chapitre « de l'extinction des obligations », entre la remise de dette et la confusion, non loin du paiement. Et l'analyse traditionnelle de la compensation s'en est toujours ressentie. », F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, associent les deux explications, d'un côté, n°1293, p. 1157 : « Par une sorte de raccourci simplificateur, chacun est censé avoir acquitté sa dette moyennant renonciation, à due concurrence, à sa créance réciproque. », cependant, que, n°1293, p. 1157, note 3 : « la compensation a un effet extinctif définitif puisqu'elle permet au créancier de s'approprier, à titre de mode de paiement, la valeur correspondante de la créance de son débiteur à son propre égard. »

[13] Cf. J. Bodin, *Juris universi distributio*, édition bilingue latin et trad. fr. de L. Jerphagnon sous le titre d'*Exposé du droit universel*, Paris : Puf, 1985, al. 119, p. 57.

**436.** **Compensation et dation en paiement. —** Il s'agit dès lors, et toujours afin d'éclaircir le partage, de préciser la nature de la dation en paiement. Entendue au sens large, la dation signifie que l'on donne autre chose que ce qui était convenu au départ[14]. Au sens strict, la dation en paiement désigne la convention par laquelle le créancier accepte un bien en paiement d'une dette qui avait à l'origine de l'argent pour objet[15]. La dation signifie qu'un prix, au lieu d'être réglé en

[14] Pour une obligation de donner un bien (dans l'échange, ou dans le cas de la vente, lorsque le prix est payé en premier), l'on en donne un autre, ou l'on donne de l'argent (sur les conceptions stricte et large de la notion de dation en paiement en ce dernier cas, F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n°1227, p. 1108, note 4).

[15] Normalement c'est l'*argent* qui réalise le paiement d'une obligation, parce que l'argent, s'il en est *source*, parfois, aussi, est d'abord l'*objet* naturel de l'obligation juridique. L'argent est une promesse de contrepartie d'une valeur précise. C'est en quelque sorte une créance qui n'aurait pas plus de débiteur que d'objet réel. L'on conçoit que "représentée par un billet de banque, celle-ci (la somme d'argent) n'est, juridiquement parlant, qu'une créance sur la banque émettrice" (S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960, note 39, al. 2, sous n°16, p. 23, avec citation de A. Colin et H. Capitant, 7ème éd. en collaboration avec L. Julliat de La Morandière, Paris : Dalloz, 1931, t.1, n°54 ; cf. *op. cit.*, p. 25, *corpus* et *genus*). Nous ne pensons pas qu'en réalité les banques soient les débitrices précises de l'argent. Car de quoi seraient-elles débitrices ? D'or ? Mais peut-on encore parler de l'argent comme d'une créance lorsque l'on tient de l'Or, l'ultime étalon de valeur que cette créance donne le droit d'exiger? De qui, alors, serait-on encore créancier ? Ou bien même, aujourd'hui que nous sommes sortis du système de la convertibilité du dollar en Or, que dire lorsque l'on tient une monnaie flottante? De quoi et de qui pourrait-on encore être créancier? N'est-on pas alors propriétaire d'une représentation de valeur pure de toute assiette? Quoi qu'il en soit, la transmission d'argent présente la vertu de libérer le débiteur, parce que la remise d'argent *signifie* un flux de valeur qui éteint la dette. Cf. J. Hamel, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges Surgiyama*, 1940, pp. 83 et s. ; A. Mater, *Traité juridique de la monnaie et du change*, Paris : Dalloz, 1925 ; P. Harsin, *Les doctrines monétaires et financières en France du XVIème au XVIIIème siècle*, 1928 ; *Droit et monnaie*, Actes du colloque de l'Assoc. intern. de droit économique, 1988 ; R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, thèse ronéot. Paris 1, 1991 ; J. Carbonnier, « L'imagerie des monnaies », *Mélanges Cabrillac*, 1968, pp. 47 et s. ; J. Carbonnier, « Les noms monétaires à sens multiples » (étude de droit français), *Mélanges Secrétan*, 1964, pp. 9 et s. ; J. Carbonnier, *Droit civil*, coll. Thémis-droit privé, 4ème éd., Paris : Puf, 1964, t.2, p. 10 « Qu'est-ce donc que cette monnaie qui a le pouvoir unique de doubler toutes choses, comme l'ombre double le corps ? » ; p. 11 « par-delà les espèces concrètes (un billet de dix francs, neuf pièces d'un franc, etc.), par-delà les *corpora*, il y a dans la monnaie une mesure abstraite, une *quantitas*… » ; D. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002.3279 (n° 44 du 19 déc. 2002), note 46, p. 3283 : « En tant qu'actif scriptural, l'argent est substantifié par les écritures qui l'exprime dans les comptes des déposants ». V. aussi, dans une autre veine, qui approfondie l'analogie de l'argent et du sang, d'abord L. Bloy, *Le sang du pauvre*, puis M. Foucault, *Les mots et les choses*, coll. Tel, Paris : Gallimard, 1966, pp. 88, 192 et s. et 202 et s. Pour les enjeux de cette discussion concernant l'indivision, v. *infra* note 7 sous n°742.

argent, l'est par la remise d'autre chose[16]. En réalité, en l'occurrence de la compensation, le nœud du problème consiste à déterminer ce qui fait l'objet exact de la dation.

**437. EXPLICATION GENERALE DE L'OPERATION DE COMPENSATION, DOUBLE DATION EN PAIEMENT. —** La compensation suppose précisément deux obligations nées de causes distinctes. Dans un premier temps, de part et d'autre il y a en cause un flux réel de valeurs, dont la contrepartie immédiate et fictive consiste dans la relation d'obligation. L'on s'attendrait normalement à ce que dans un second temps deux reflux réels aient donc lieu en sens contraire, de telle sorte que les reflux fictifs aient lieu aussi et que les obligations s'éteignent normalement. C'est ce second temps qui est évité dans la compensation. Ou plutôt, le premier temps de chaque opération trouve dans l'autre son second temps. Autrement dit, la compensation, en mettant deux obligations en correspondance, fait que le flux réel cause de l'obligation trouve sa contrepartie réelle dans le flux réel qui a eu lieu en sens inverse. Les deux flux fictifs opèrent l'un pour l'autre, de sorte qu'au final les deux flux réels contraires dont ils sont la contrepartie fictive soient la contrepartie l'un de l'autre. La compensation instaure donc un rapport de contrepartie réelle entre les deux flux initiaux qui ont été cause de l'obligation.

[16] La dation en paiement peut transformer *en quelque sorte* une vente en un échange (donner une chose pour une autre, cela entre dans la définition de l'échange). Mais en quelque sorte seulement, car s'il avait été convenu au départ que la contrepartie réelle de la chose donnée ne serait pas autre chose que de l'argent, ç'aurait été un échange, et non une vente.

**438.** **COMPREHENSION ERRONEE DE L'INTERVENTION DE LA DATION EN PAIEMENT. —** Souvent la doctrine comprend que dans la compensation c'est la dation d'une créance, qui fait l'objet, au lieu d'argent, du transfert libératoire[17]. C'est parler de la créance comme d'un bien, et d'une forme de cession de créance comme d'une quasi-dation. Et cela, en revanche, nous semble discutable.

**439.** **DEMONSTRATION COMPTABLE. —** Soit Primus et Secondus, créanciers l'un de l'autre pour la même somme. Admettons que Primus souhaite payer sa dette, la dette *a*, qu'il a envers Secondus. C'est à cette fin que Primus cède à Secondus la créance *b* qu'il a contre le même. L'obligation *b* fait l'objet de la dation. 1° Primus crédite le compte à l'actif duquel il avait enregistré la présence de cette créance *b*, car elle sort. 2° Secondus, *accipiens* cessionnaire de la créance *b*, inscrit l'entrée de cette valeur en débitant son compte, à l'actif de son patrimoine. Comme il est le débiteur de la créance *b* qu'il enregistre, cela opère une extinction par confusion. 3° En contrepartie, Secondus, en créditant son compte, enregistre que le paiement de l'obligation *a* s'est effectué, comme si la

[17] Cf. J. Bodin, *op. cit.*, al. 119, p. 57: « La compensation, c'est-à-dire la dation en paiement d'une dette liquide contre une autre (cf. le titre du Code Sur les compensations, fragment Si constat) » [le latin dit : « Compensatio est, debiti liquidi cum liquido in solutum datio, l. si constat. de compensat ; C. »] ; le traducteur français donne une note 44, p. 55. Martin, n° 3, parle d'une « appropriation de la créance de l'autre », mais en citant J. Carbonnier, *op. cit.*, 7ème éd., t.6, § 133, qui n'est pourtant pas de cet avis. Cf. G. Ripert et J. Boulanger, 2ème éd., Paris : LGDJ, 1947, t.2, n°2029, p. 647 : « La compensation est un mode simplifié de paiement ou de dation en paiement. Chaque créancier est libéré en recevant en paiement la créance que son débiteur a contre lui.» ; de manière plus neutre : n°2016, p. 644 : « Dans deux cas, le créancier perd son droit parce qu'il reçoit sous une autre forme l'équivalent de ce qui lui est dû et que l'obligation peut être considérée par suite comme exécutée. Le premier est le cas de dation en paiement : le créancier accepte volontairement une chose autre que celle qui lui est due. Le second est le cas de compensation : le créancier est lui-même débiteur de son débiteur et les rapports juridiques en sens contraire se détruisent. », n°2026, p. 646 : « Nature (…) La compensation apparaît (…) comme un paiement total ou partiel … », n°2029 p. 647 : « La compensation est un mode simplifié de paiement ou de dation en paiement. Chaque créancier est libéré en recevant en paiement la créance que son débiteur a contre lui.»

créance *a* qu'il avait sur Primus était transférée à ce dernier. 4° Primus débite son compte en enregistrant la créance *a*, ce qui le libère en annulant sa dette *a*.

**440.** **THEORIE CONDAMNABLE DE LA DATION DE CREANCE. —** Du point de vue objectif des opérations comptables, il n'est pas aisé de discerner la dation d'une créance objet du paiement et le transfert de créance par quoi s'enregistre l'extinction d'une obligation. En outre, pour l'analyser, nous n'avons pas trouvé d'autre moyen que de décomposer l'opération. En réalité, dans ce système doctrinal, chaque créancier est payé grâce à la dation que lui fait l'autre, au lieu de l'objet de l'obligation qui était prévu, de la créance qu'il a sur lui. La dation est mutuelle. Le processus étant réciproque, ce qui, pour l'un, fait figure de dation, fait, pour l'autre, figure de contrepartie comptable du paiement. L'on comprend que l'on puisse parler d'une simultanéité de deux paiements et de deux non-paiements, ou d'échange des créances, source de confusion extinctive. L'idée de dation des créances complique les choses.

**441.** **LA COMPENSATION, LA VENTE ET L'ECHANGE. —** La dation en paiement ne joue de rôle dans la compensation que dans le cadre de la comparaison de la compensation et de la vente. L'on peut comparer l'opération à la vente à crédit[18],

[18] La vente peut aussi procéder au comptant, sans faire intervenir la contrepartie fictive intermédiaire de l'obligation, par don d'une chose contre de l'argent. De même que l'échange peut procéder au comptant (du don d'une chose contre une autre -- le troc) ou à crédit. Dans ce dernier cas, de même que lorsque dans la vente à crédit l'argent est donné en premier, il faut supposer qu'il ne s'agit pas d'une chose dont la propriété se puisse transférer immédiatement (de sorte qu'il ne resterait qu'à la trader), mais qu'il s'agit d'une chose de genre, à peser ou à compter, ce qui génère une obligation de donner (au sens technique). Il ne faut surtout pas imaginer que l'échange au comptant procède de la compensation.

avec dation en paiement. Il faut considérer en ce cas que chaque flux réel générateur d'obligation attend un paiement en argent, et trouve dans l'autre un bien au lieu de l'argent. Mais la notion de dation en paiement est source d'obscurité et d'erreur si l'on entend que ce sont les créances qui sont transférées[19]. Par ailleurs l'on peut comparer la compensation à l'échange aussi bien qu'à la vente. Mais vente et échange ne sont comparables à la compensation qu'à condition d'être opérées à crédit. Or, pour qu'elles soient telles il faut supposer un hiatus temporel entre le don initial, générateur de la dette, et celui de sa contrepartie réelle, qui opère le paiement de l'obligation. Cet élément temporel n'intervient pas dans la compensation, où le circuit de l'obligation a lieu avec des dettes issues de deux opérations autonomes. Le crédit, en un sens, intervient dans la compensation sans qu'il y ait nécessité d'un hiatus temporel. Ce qui ne signifie pas qu'il ne puisse y avoir *en fait* de décalage temporel entre les dates des deux flux réels contrepartie l'un de l'autre. Mais cela est indifférent, et les deux flux réels peuvent fort bien se produire au même instant, comme le montre l'exemple du partage.

**442.** SENS DE LA COMPARAISON DU PARTAGE A LA VENTE ET A L'ECHANGE. — La compensation *strictement dite* est un élément constitutif du partage. Et si d'un côté nous avons pu rapprocher la compensation de la vente et de l'échange, dès

[19] Le pire serait d'aller jusqu'à comparer la dation de la créance à une cession de créance, car dans cette voie l'on risquerait de générer une nouvelle créance de prix qui ajouterait à la confusion. Il ne faut pas imaginer non plus que la dation en paiement elle-même contient une compensation.

lors que, de l'autre, nous aurons situé la fonction exacte remplie par la compensation dans le partage, l'on tiendra une compréhension possible de la qualification traditionnelle du partage au moyen de ces deux catégories, de vente et d'échange, d'ailleurs en concurrence dans cet emploi.

**443.** **COMPENSATION ET PARTAGE. —** Le procédé de la compensation intervient dans toute reddition de compte. La compensation joue de grands rôles dans le compte de communauté, dans le compte de société, dans celui de la tutelle, mais également dans le mandat, dans le dépôt, dans le gage, dans la vente à réméré et dans le prêt, elle intervenait jadis dans le régime matrimonial dotal. Il y a reddition de compte, également, dans l'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire. Elle est très présente dés lors qu'il est question de liquidation et son emploi tourne à la tragédie en cas de faillite. L'on connaît son rôle en droit bancaire, et son importance historique dans l'essor de la lettre de change, qui en est étroitement dépendante. Nous soutenons que la compensation intervient également dans les comptes de partage.

## Section 2
## Réciprocité et connexité des obligations nées à cause de la distribution

Nous continuerons d'abord de nous situer dans l'hypothèse d'une pluralité de lots, tous égaux entre eux. Le processus une fois éclairci nous pourrons envisager les cas de partage avec soulte et avec vente d'un bien indivis.

## § 1
## *Le partage sans soulte ni vente*

**444.** **VISION SYNTHETIQUE DES ALLOTISSEMENTS. —** Chaque indivisaire est attributaire d'un lot de biens indivis en nature dont la valeur égale celle de sa part arithmétique sur le tout. Jusqu'ici nous avons envisagé le cas de figure représenté par un seul lot, abstraction faite des autres. Il est temps, désormais, d'abandonner cette vision parcellaire et de retrouver une vision synthétique du partage.

**445.** **RECONSTITUTION DE L'OPERATION DU PARTAGE. —** Ce qui a été dit plus haut de l'attribution d'un lot, relativement à l'ensemble de l'indivision *lato sensu*, vaut aussi pour tout autre lot, de sorte que l'on peut aisément reconstituer la vision d'ensemble nécessaire au compte de partage, d'un système comptable à l'autre. Dans les deux comptabilités du partage il y a compensation. Mais elle n'intervient pas de la même manière selon que l'on érige ou non un compte *ad hoc* pour l'indivision.

### A) Théorie comptable classique de la compensation dans le partage

**446.** **OBLIGATIONS RECIPROQUES ENTRE INDIVISAIRES. —** Pour une vision réaliste du partage, la distribution des lots génère des obligations réciproques entre les indivisaires pris deux à deux[20].

[20] Cf. *supra* n°761.

**447.** DEMONSTRATION. PARTAGE ENTRE DEUX INDIVISAIRES. — Dans la comptabilité classique, les deux indivisaires, pour une masse indivise de trente six, ont des droits sur le tout de dix huit. Si l’on divise la masse en deux lots et que l’on attribue à chacun le sien, il arrive qu’à cause de l’attribution du lot *a*, Primus, son attributaire, est débiteur envers Secondus d’une obligation de neuf. Mais Secondus, pour l’attribution du lot *b* qui lui échoit, est créancier de Primus pour la même somme de neuf. Au final, le compte de Primus, dont la part idéale était de dix huit, comporte, à l’actif, un bien successoral de dix huit et une créance contre Secondus de neuf, et au passif une dette contre Secondus. Secondus est donc corrélativement, et pour les mêmes sommes, à la fois débiteur et créancier de Primus, en outre de son lot qui figure de même à son actif. Pour le compte de chaque héritier, le lot est un article d’actif réel, dont la valeur équivaut à sa part idéale, mais l’actif contient en outre un élément virtuel, avec la créance, de telle sorte que le total comptable de l’actif du compte dépasse la part idéale, mais le passif et la dette qu’il contient annule exactement ce dépassement.

**448.** PARTAGE ENTRE TROIS INDIVISAIRES. — L’on peut faire le même calcul avec trois héritiers. Chacun des trois comptes est composé de la même façon. Le compte de Primus, par exemple, comprend, à l’actif, un lot *a* de douze, une créance de quatre contre Secondus, une autre, pour la même somme, contre Tertius, et, au passif, deux dettes de quatre aussi, l’une envers Secondus, l’autre envers Tertius. Pour terminer un tel tableau comptable il ne reste plus qu’à

mentionner le lot *b*, à l'actif de Secondus, le lot *c*, à celui de Tertius, et les deux obligations réciproques existantes entre Secondus et Tertius.

**449.** GENERATION DES OBLIGATIONS RECIPROQUES. — En somme, chaque indivisaire est à la fois, 1° en tant qu'attributaire d'un lot, débiteur de son ou de ses copartageants, 2° en tant que privé de la propriété du lot des autres, créancier de ceux-ci. Chaque partageant cumule de la sorte, et pour des sommes qui s'équilibrent, les qualités de débiteur, à cause de son lot propre, et de créancier, à cause des lots qu'il a perdu. Quels que soient les exemples, tant que les lots sont égaux les héritiers sont toujours deux à deux respectivement créanciers et débiteur l'un de l'autre.

**450.** COMPENSATION DES OBLIGATIONS. — Toutes ces obligations s'éteignent en se compensant les unes par les autres. De la sorte, chaque héritier est finalement seul propriétaire du lot qui lui a été attribué, sans plus rien devoir à personne. *L'on est sorti de l'indivision*. La compensation a cet effet que le gain de chaque indivisaire, représenté à son actif par le lot qui lui est attribué, trouve sa contrepartie dans l'ensemble des attributions effectuées au profit de ses copartageants. Pour reprendre l'exemple le plus simple, l'attribution à Primus du lot *a* valant dix huit représente, pour lui, un gain de neuf, et une perte d'autant pour Secondus. Ce flux trouve sa contrepartie dans l'attribution du lot *b* à Secondus, qui signifie un flux contraire et pour la même valeur. Et lorsque les héritiers seraient trois, le gain pour Primus serait de huit, c'est-à-dire des deux

tiers d'un lot valant douze ; mais ses pertes seraient d'autant, réparties en deux portions entre Secondus et Tertius.

**451.** GAINS ET PERTES DU COPARTAGEANT. — Nous avons vu que le partage des biens indivis immeubles représente, pour chaque indivisaire, une restriction à son seul lot de l'assiette de sa propriété. L'indivisaire y gagne et y perd simultanément. Son gain provient de ce qu'il demeure seul propriétaire de son lot, sa perte résulte pour lui de l'aspect dévestitif du partage. C'est une idée fausse de croire que cette perte, est, pour chaque indivisaire, simplement et directement compensée et équilibrée par le fait que sur ce lot sa propriété est exclusive, au lieu que sur le tout elle ne l'était point[21].

**452.** EQUILIBRE DU PARTAGE EGALITAIRE. — Certes, lorsque les lots sont tous exactement proportionnels aux parts, l'on a une garantie du respect de l'égalité du partage[22]. Car l'allotissement de chaque indivisaire peut être facilement équilibré par celui des autres, vu que les flux s'équilibrent. Tel est, certes, le résultat atteint par le partage, mais, pour y parvenir, l'opération donne lieu, en réalité, à des flux de valeurs dont le trajet devait être précisé.

**453.** LA COMPENSATION, GARANTIE DE L'EGALITE. — Chaque indivisaire trouve dans la compensation la garantie, qu'il a laissée en perdant la propriété des lots remis

[21] Il ne suffit pas non plus de dire que « chacun a accepté son lot en contemplation de ceux des autres » (M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°928, p. 909).
[22] C'était une règle ancienne, en droit romain, que les lots devaient correspondre aux parts (*Inst. Just.* 4.17.4). Cf. C. civ., art. 826 (loi du 23 juin 2006).

aux autres, de réaliser sa part idéale. Sa ou ses créances, générées contre ses copartageants, n'ont plus besoin de la garantie qu'aurait représenté un droit de suite sur les lots attribués à autrui. Et en vertu de la réciprocité des opérations, comme son propre lot n'a pas non plus besoin de constituer encore une garantie pour les autres, et de subir une quelconque charge de leur chef, la compensation lui assure que son lot, d'un montant égal à sa part idéale, a réalisé sa part. La compensation dans le partage explique dès lors l'effet dévestitif du partage-expropriation par la nature des choses, et non pas par une fiction législative de déclarativité qui viendrait rectifier les effets pervers d'un incontournable effet translatif.

**454.** LE BIEN INDIVIS, CAUSE DE L'OBLIGATION, ET LA CREANCE RECIPROQUE. — Dès lors qu'il y a, entre deux indivisaires, une obligation à cause de l'indivision, du point de vue du créancier l'actif de son débiteur se compose de deux éléments qui sont pour ainsi dire équivalents. Il y a d'un côté le bien dont il perd la propriété pour sa part, et de l'autre la créance que son débiteur a contre lui à cause de sa propre attribution. Une créance est un élément d'actif. Par conséquent, lorsque l'indivisaire, pour effectuer la compensation, procède à l'alignement de la ligne de compte où celle-ci figure avec la ligne sur laquelle

figure une dette, il mobilise objectivement un élément de son propre actif[23]. Le créancier regarde la compensation s'effectuer dans le compte de son débiteur comme une saisie. Preuve en est que la compensation ne peut s'opérer lorsqu'une créance est insaisissable[24].

**455.** LA CREANCE RECIPROQUE AU REGARD DES AUTRES CREANCIERS. — Mais si une créance entre objectivement dans la composition de l'actif d'une personne, cela est vrai non seulement aux yeux de celui dont il est réciproquement le créancier, mais au regard de tous ses créanciers. C'est-à-dire qu'il faut envisager la compensation dans la perspective de l'ensemble du passif en cause. Il faut dire ce que représente la compensation pour le tiers créancier qui voit une partie de

[23] Cf. P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, *Obligations* (vol. 7 du *Traité pratique de droit civil français* de M. Planiol et G. Ripert), 1re éd., Paris : LGDJ, 1931, n°1280, p. 606, écrivent ceci : « un créancier, du fait qu'il est en même temps débiteur de son débiteur outre les droits habituels qui lui appartiennent comme créancier, est investi de prérogatives spéciales sur l'élément d'actif de son débiteur qu'il se trouve avoir entre les mains, c'est-à-dire sur la chose qu'il lui doit » : …non pas comme si la contrepartie réelle était l'objet de la dette, mais comme si le créancier *devait* sa créance à son débiteur, ce qui n'est pas faux. Et (*ibid.*) : « Le débiteur qui est en même temps créancier de son créancier le paie en utilisant la créance qu'il a sur lui » (*ibid.*) ; puis de parler de « l'affectation de cet élément particulier de l'actif de chaque débiteur au paiement de l'autre » (*ibid.*). L'on compare parfois la compensation au droit de rétention. Comme si le créancier retenait l'objet qu'il doit.

[24] Cf. P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, *ibid.*; F. Grua, ,*v*° Compensation, *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire civil*, 1990, n°1 et 4 ; H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 3ème éd., Paris : Litec, 1992, n°436, Adage de Loysel 704 une dette n'empêche point l'autre; p. 940 : « ce serait une manière de saisir que de se payer sur une créance insaisissable » ; G. Ripert et J. Boulanger, 2ème éd., Paris : LGDJ, 1947, t.2, n°2045, p. 651 : « La compensation, n'étant qu'un procédé abrégé de paiement, n'est pas possible contre les droits qui, considérés comme valeurs actives, sont insaisissables et ne peuvent pas servir à payer les créanciers. La loi ne le dit pas en termes généraux ; elle se borne, dans l'art. 1293-3°, à excepter de la compensation les aliments déclarés insaisissables (Paris, 8 mai 1945. D. 1945, 341). Mais de cette solution particulière, on peut tirer un principe général. Supposons que le débiteur de la pension devienne créancier du pensionné. S'il pouvait opposer la compensation, il se paierait en réalité sur la pension de son débiteur ; il obtiendrait donc par un moyen détourné un résultat que la loi veut éviter ; *ce qui est insaisissable ne sert pas de gage aux créanciers*. » (nous soulignons mais l'exemple de la dette alimentaire est délicat car s'il s'agit d'obligation naturelle il n'y a rien à saisir, en outre, l'on pourrait répondre que dans le cas où les obligations alimentaires seraient réciproques, elles s'éteindraient par compensation).

son gage lui échapper. La compensation fait aussi l'effet d'un court-circuit pour les tiers.

**456.** **GARANTIE REPRESENTEE PAR LA CREANCE RECIPROQUE POUR LE CREANCIER A CAUSE DE L'INDIVISION. —** Rappelons que la saisie d'un bien présente une garantie certaine, dans la mesure où son adjudication assure que l'aquéreur aura les moyens d'en payer le prix. En revanche, la valeur réelle d'une créance dépend normalement de la solvabilité de la personne qui en est débitrice. Cela est parfaitement contingent, et la saisie-attribution est un mode de paiement dont l'efficacité dépend des faits. Mais si son débiteur n'a rien de mieux à lui présenter qu'une créance, le créancier peut toujours forger l'espoir que par elle il atteindra, avec le débiteur de son débiteur, une personne mieux solvable. La supériorité théorique est au profit de la saisie d'un bien, mais tout dépend des faits. Or, ce propos général ne vaut plus, précisément dans le contexte de la compensation, pour les personnes qui compensent. Car la créance qui figure dans l'actif du débiteur représente au contraire la garantie la plus certaine d'obtenir satisfaction aux yeux du créancier qui en est précisément le débiteur.

**457.** **CONFLIT DU CREANCIER A CAUSE DE L'INDIVISION ET DES AUTRES CREANCIERS. —** Pour comprendre le rôle de garantie que remplit la compensation il faut se représenter le cas où le gage de l'ensemble des créanciers se résumerait à la créance dirigée contre l'un d'entre eux, qui présenterait *par ailleurs* des gages importants de paiement. La créance constitue alors, aux yeux des créanciers, une

voie d’accès à une personne solvable. Ici la saisie d’une créance s’avére le seul espoir d’être payé. En ce cas la compensation a pour effet de faire sortir le créancier solvable du passif, tout en faisant disparaître le seul élément d’actif. La faillite du débiteur ne peut à elle seule empêcher une telle opération, parce que la compensation n’a besoin pour jouer que d’être effectuée dans les comptes de l’une au moins des deux personnes en relation[25]. Pour que l’extinction des deux obligations se produise il suffit que l’imputation puisse s’effectuer dans le compte d’une des deux personnes en relation. En effet, lorsque l’autre ne procéderait pas de même, elle aurait, pour la même somme, à son actif, une créance à laquelle plus aucune dette ne répond, et à son passif une dette qui n’est le corrélat d’aucune créance. Ses deux éléments pourraient s’éteindre l’un et l’autre de telle sorte que du point de vue comptable l’équilibre soit respecté. L’on peut aussi considérer que ses deux éléments d’actif et de passif se correspondent *forcément* et que la compensation s’opère *nécessairement*, et contre le consentement de la personne. Il ne servirait à rien aux créanciers d’arrêter la créance dans le patrimoine de leur débiteur. L’actif de l’une des deux personnes entre lesquelles a lieu la compensation serait-il gelé que l’autre

[25] Des agissements typiques de la période suspecte consistent, pour le créancier dont le débiteur est au bord de la cessation des paiements, à se constituer à son tour son débiteur, en contrepartie de quelque chose qui va constituer *en fait* son paiement mais sans que l’on puisse retenir la qualification de dation en paiement. Le créancier loue ses locaux à son débiteur, l’emploie à son service ou acquiert ses biens. De telle manière que les obligations réciproques se compensent. V. M. Pédamon et O. Carmet, « La compensation dans les procédures collectives », *Dalloz* 1976, Chron. p. 125 (cité par A. Lienhard, obs. sous Com. 19 déc. 2000, *D.* 2001.306).

pourrait éteindre les deux obligations dans ses comptes. Les autres créanciers restent alors impayés, tandis que l'un d'entre eux est satisfait.

**458.** SOLUTIONS AUTRES QUE LA COMPENSATION. — L'égalité aurait consisté à partager le paiement de la créance entre tous les membres du passif. De la sorte le créancier réciproquement débiteur du failli n'aurait opéré une sorte de compensation qu'à hauteur de son droit, et aurait dû payer aux autres leur part de créance. Le poids de l'insolvabilité du débiteur eût été équitablement réparti entre tous les créanciers. Et même, il aurait suffi que les autres créanciers aient des causes de préférences sur celui qui est réciproquement débiteur de leur débiteur commun, pour qu'en fait il dut les payer pour le tout de sa dette. En ce cas c'est lui qui serait demeuré, sa dette honorée, avec une créance impayée à son actif.

**459.** LA COMPENSATION AU REGARD DES CREANCIERS DU CREANCIER A CAUSE DE L'INDIVISION. — Ce trait met donc en valeur le fait que la compensation peut représenter une réelle garantie pour le créancier d'un débiteur insolvable, et représenter un *malus* pour les autres. Mais vu la réciprocité des relations, il faut noter que le même cas peut d'ailleurs être envisagé au regard de la personne solvable. Et du point de vue de ses créanciers à elle, il est avantageux, au contraire, de voir s'éteindre une dette, et peu leur importe l'extinction d'une créance dirigée contre un tiers insolvable. La compensation a pour effet de protéger leur gage solide. La portée que représente la compensation dépend donc

en fait de la composition des passifs et des actifs respectifs des deux personnes entre lesquelles elle a lieu.

**460.** ORDRE HIERARCHIQUE DES CREANCIERS PROPRE AU PARTAGE. — Il est indéniable que, dans la mesure de la compensation, le partage instaure, entre les différents créanciers d’un même indivisaire, un ordre des paiements qui place la classe des créanciers à cause de l’indivision au sommet, et qui laisse tous les autres au pied de la hierarchie. Les règles du partage contiennent en ce sens la notion d’un passif de l’indivision. Cette hierarchie et cet ordre entre créanciers sont, dans le contexte du partage, juste et naturel. Mais remarquons que c’est le seul fait qu’il y ait un bien indivis entre un créancier et un débiteur qui peut influer sur l’exécution de l’obligation. Celui des deux qui cumule sur son chef les qualités de créancier et de copropriétaire, comprend dans l’actif de son débiteur, qui est son gage, un bien dont il se trouve, sous un autre point de vue, être le propriétaire. Il suffit que le bien soit attribué par partage au créancier et que celui-ci compense la dette qui nait avec sa créance pour briser l’égalité entre les créanciers.

**461.** VALEUR DE CET ORDRE DES PAIEMENTS. — L’ordre instauré par le partage doit nécessairement être confronté, de première part, à celui qu’instaure le droit successoral, entre créanciers d’origine personnelle et créanciers d’origine successorale, et, de seconde part, aux deux principes supérieurs, 1° d’égalité des créanciers, que ne doit pas rompre le fait que l’on soit étranger ou membre d’une

indivision ; 2° d'égalité entre héritiers, ange du partage, qui est le seul sur qui l'on puisse, en réalité, fonder, sur la nature des choses, un ordre spécifique au contexte d'indivision. Toutes les théories du partage se rejoignent pour considérer que l'essentiel, en la matière, c'est que l'égalité des héritiers soit respectée. Et l'égalité n'est respectée qu'à condition que chacun dispose finalement dans son actif propre d'une valeur réelle qui corresponde exactement à ce que sa part idéale lui donnait sur la succession du défunt.

**462.** **Justice de la compensation dans le partage egalitaire .** — En l'occurrence, les créances de l'indivision naissent à cause de la distribution des lots, et elles disparaissent par compensation, sans rompre l'équilibre existant entre les créanciers des divers indivisaires. L'extinction des créances générées par les attributions a pour effet de ramener le montant de la part de chacun à celui de sa part idéale.

**463.** **Injustice qui resulterait du rejet de la compensation.** — Si dans le partage les créances ne s'éteignaient pas, chaque indivisaire aurait à son actif, en outre de son lot, les créances dirigées contre ses copartageants. Sauf en tenant compte du passif généré réciproquement pour chacun, l'augmentation des parts d'actif augmenterait considérablement la valeur de la masse successorale. En cette hypothèse, les tiers, créanciers de chaque indivisaire, considéreraient qu'ils sont en conflit avec les coïndivisaires de leur débiteur, ses créanciers à cause de l'indivision. Ce conflit aurait pour objet le partage d'un actif composé du lot et

de créances nées à cause de l’indivision. Il suffirait en fait qu’un indivisaire ait, par ailleurs et indépendamment du partage, plus de passif, ou moins d’actif qu’un autre, pour que le résultat final des liquidations de chaque patrimoine conduise à rompre l’égalité du partage.

**464.** RISQUE D’INEGALITE. — Si l’on permettait à une personne, créancière d’un indivisaire pour une cause étrangère à l’indivision, de se faire attribuer une créance résultant du partage, cela voudrait dire qu’elle se paie en quelque sorte sur les biens indivis, pour une portion supérieure au seul lot de son débiteur. Quant à l’indivisaire débiteur du débiteur, il paierait, mais il resterait par ailleurs créancier de l’indivisaire poursuivi, et supporterait le risque de son insolvabilité. L’héritier poursuivi cumulerait donc le bénéfice de son lot et, au delà de sa part, celui du paiement de la créance. Il bénéficierait, provisoirement (à cause du recours dont bénéficieraient ses copartageants), d’une part réelle supérieure à sa part idéale sur l’entièreté de la valeur de la masse indivise. Sans la compensation, comme sans l’effet d’expropriation du partage, l’assiette du gage du créancier s’étendrait outre la mesure de la quote-part du débiteur. La compensation est donc indispensable au partage.

**465.** EGALITE DES HERITIERS ET EGALITE DES CREANCIERS. — Cette garantie, qui vaut pour les créanciers personnels des indivisaires, comme elle vaut pour les indivisaires, est l’âme du partage. Elle repose sur la coïncidence entre la valeur du lot de l’indivisaire et la valeur de sa part sur l’ensemble de la masse

partageable. A la garantie qui entoure le paiement de la créance née de l'allotissement sont suspendu deux principes d'égalité. 1° L'égalité du partage, car garantir cette créance, c'est garantir le symbole de la part de l'indivisaire qui a perdu la propriété. 2° L'égalité des créanciers, car il ne faut pas que les créanciers ordinaires de l'indivisaire créancier à cause de l'indivision soient défavorisés au regard de ceux de l'indivisaire débiteur. En garantissant le paiement de la contrepartie de l'allotissement, le partage est garant du respect de l'égalité entre héritiers.

**466.** **DEFENSE DU PRINCIPE DE DIVISION DES DETTES DU DEFUNT. —** En conclusion, il est normal, dans ce système, que la division des dettes du défunt ait lieu entre chaque héritier au prorata de sa vocation. Le créancier successoral puise dans l'égalité du partage, avec la garantie qu'elle donne à l'héritier indivisaire, son débiteur, d'avoir la propriété de sa part, la garantie de retrouver son gage intact. Le créancier du défunt poursuit chaque héritier pour sa part et sur son lot, à l'image d'un créancier d'origine personnelle. Et sur le lot de l'héritier le conflit du créancier d'origine personnelle et d'origine successorale se règle ainsi que nous l'avons dit, par un privilège du second. Mais les coïndivisaires de l'héritier, créanciers à cause de l'indivision, sont, grâce à la compensation, privilégiés sur tous les autres. Lorsque le créancier successoral, considérant l'actif de Primus, regarde l'indivisaire Secondus créancier à cause de l'indivision lui brûler la politesse lors du partage, il doit considérer que ce faisant c'est son gage à lui que

Secondus défend. Le respect de l'égalité des héritiers n'enfreint donc pas l'ordre successoral que représente la hierarchie du créancier successoral et du créancier d'origine personnelle. L'on comprend, dans cette mesure, que le régime de la créance née à cause de l'indivision soit favorable.

**467.** VALEUR DE CETTE DEMONSTRATION. — La justice du résultat est si frappante que l'on risque de penser que l'intervention de l'obligation dans l'opération du partage, et dans son analyse, est superflue. Et l'on peut dès lors être tenté de concevoir le partage comme une opération au comptant. Mais si la nécessitté du rôle de l'obligation n'est pas ici une évidence, cela est dû, de manière purement contingente, à l'occurrence où nous nous situons pour les besoins de notre démonstration. Il est certain que l'obligation disparaît au regard, précisément à cause du compte, qui opère en quelque sorte comme une tache aveugle, dès lors que l'on suppose 1° une masse composée de bien indivis présents en nature, 2° des biens dont les éventuelles variations de valeur entre l'ouverture de la succession et le jour du partage ne sont pas dûs aux indivisaires, et 3° la composion de lots égaux. Cela n'empêche qu'en vérité le partage, à cause de la difficulté de la situation d'indivision, ne procède pas sans cette dimension de crédit qui lui est inhérente. En outre, c'est à dessein que nous avons délimité ce terrain où l'application de la compensation contient précisément le caractère d'une évidence. La raison en est que la matière est ainsi propice pour dégager

des données qui seront extrêmement précieuses lorsqu'il sera question d'applications et de contextes plus délicats.

**468.** LA CONNEXITE, CRITERE DE LA JUSTICE DE LA COMPENSATION. — Cet aspect évident de la justice de l'application de la compensation se désigne du terme de connexité[26]. Il y a dans le partage tel que nous l'envisageons ici un lien de connexité évident entre les obligations qui trouvent leur source dans le partage. Lorsque ce lien disparaît, le droit commun doit reprendre ses droits. Une obligation entre indivisaires dont la source n'aurait aucun rapport avec l'indivision ne pourrait pas entrer en compensation avec une obligation générée par l'attribution d'un lot. Lorsque l'une des deux personnes réciproquement créancières l'une de l'autre serait soumise à une procédure de paiement collectif, il apparaît que la compensation, qui fonctionne alors comme un privilège absolu, comparable à cet égard au droit de rétention, est soumise à la connexité. Ce n'est pas que la faillite donne à la compensation un contexte qui fait exception, c'est au contraire qu'elle lui donne le seul contexte qui puisse révéler son principe. Car lorsque tout le monde a les moyens de payer, peu importe les modes par lesquelles les paiements ont lieu. En matière d'indivision il faut toujours faire l'hypothèse en fait de la banqueroute ou de la faillite de l'un des indivisaires.

**469.** CONNEXITE ET RECIPROCITE. — Le lien de connexité qui existe entre deux obligations est le critère d'application de la compensation. Les obligations

[26] Cf. la notion de connexité dans le droit de la preuve (l'indivisibilité de l'aveu).

réciproques qui naissent de l’attribution des lots sont connexes parce que leur cause est commune. Elles se compensent donc de plein droit dans le compte de partage. Si, à l’inverse, les obligations ne sont pas connexes, elles ne se compensent pas, quand bien même seraient-elles réciproques. Or, ce que les uns expliquent par la condition de connexité est précisément expliqué par d’autres par la condition de réciprocité. Mais aborder cet aspect des choses nous fait revenir encore sur la vision personnaliste.

### B) Théorie comptable personnaliste de la compensation dans le partage

**470.** OBLIGATIONS RECIPROQUES DE CHAQUE INDIVISAIRE AVEC L’INDIVISION. — La conception germaniste conçoit que le partage est source d’obligation. Mais dans le mode comptable personnaliste, qui va avec cette conception, les indivisaires ne sont pas en compte entre eux. Chaque indivisaire est en compte avec l’entité comptable indivision. Du fait de l’allotissement, chacun est débiteur de l’indivision pour le montant du lot qui lui est attribué, soit dix huit, dans notre exemple, s’il y a deux héritiers, douze, s’ils sont trois. Mais il faut aussi considérer que chacun des indivisaires est par ailleurs *créancier* de l’entité indivision, à cause de la liquidation de sa part. Le compte d’indivision se compose, par conséquent, à l’actif, de créances contre les indivisaires, et au passif de dettes envers eux. Et le compte de chaque indivisaire comprend, en outre de son lot, qui figure à l’actif, corrélativement une dette envers, et une

créance contre l'indivision. Dans le cas de figure de l'égalité des lots, tous les montants, des lots, des créances des indivisaires contre l'indivision et des créances de celle-ci contre eux, sont identiques. Dix huit pour deux héritiers, douze pour trois héritiers.

**471.** **COMPENSATION DE LA CREANCE A CAUSE DE L'ALLOTISSEMENT AVEC LA QUOTE-PART DE L'INDIVISAIRE. —** La compensation a donc lieu entre la créance de l'indivision et la créance de l'indivisaire. Il ne nous semble pas que dans le système germaniste le partage puisse relever sommairement de la cristallisation ou de l'assise des parts sur les biens, ou d'une quelconque transformation de la part en autre chose. L'indivisaire alloti ne réalise pas exactement sa créance en se faisant attribuer son lot. Mais en vertu de la compensation l'inscription de l'entrée de son lot à son actif propre a pour corrélat la disparition, de ce même actif, de la créance qu'il avait contre l'indivision. Et du côté du compte d'indivision, la sortie du lot, baisse de l'actif, est contrebalancée, au passif, par la disparition d'une dette envers l'indivisaire. L'indivisaire était créancier de l'indivision, et l'allotissement éteint sa créance. De telle sorte que dans l'analyse comptable personnaliste l'allotissement est la contrepartie des parts en un sens précis[27].

**472.** **LA CAUSE DE LA QUOTE-PART. COMPARAISON AVEC LES SOCIETES. —** Dans ce système, les attributions ne sont pas la contrepartie les unes des autres. Chaque

[27] Cf. la théorie germaniste du partage *supra*, n°199-209.

attribution est, en vertu de la compensation, la contrepartie du flux réel de valeur qui est censé avoir généré la créance de chaque indivisaire contre l'indivision, liquidée lors du partage. Nous voyons mal quelle est l'opération, antérieure au partage, à laquelle est censée répondre cette obligation, et qui forme donc la contrepartie réelle des allotissements. Dans une société en commandite et dans toute autre société capitaliste, c'est évidemment la remise de l'apport qui figure à cette place. Le capitaliste n'est un créancier qu'à l'instant du partage de l'actif social. Mais sa créance lors de la dissolution trouve sa cause dans l'apport initial. Entre le moment où il remet son apport et le partage, l'apport n'est rien de bien clair. Mais il est indéniable que sous l'angle de l'analyse personnaliste la comparaison de l'indivision et des sociétés s'impose.

**473.** **La condition de reciprocite, substitut de la connexite. —** L'analyse comptable personnaliste n'explique pas la compensation par la connexité des obligations, mais par la condition de réciprocité. Les obligations directement entre indivisaires ne peuvent se compenser avec celles qui lient l'un des deux indivisaires et l'indivision, parce que celle-ci forme un écran[28].

**474.** **La dette de l'indivisaire envers l'indivision et sa creance contre son coïndivisaire. —** Supposons qu'il s'agisse, à cause d'une attribution de lot, d'une créance de l'indivision contre celui des deux indivisaires qui est lui-même

[28] C'est là le chemin qui conduit à la théorie de la propriété collective.

créancier de l’autre. S’il ne peut y avoir compensation c’est, dans cette théorie, parce que l’indivisaire ne peut pas compenser sa dette envers l'indivision avec sa créance contre un indivisaire, qui sont comme deux personnes distinctes. Cela libérerait l’indivisaire à la fois créancier et débiteur, tout en établissant une dette de l’autre indivisaire envers l’indivision. Celle-ci aurait donc changé de débiteur. Ce qui n’est pas forcément dans son intérêt. Réciproquement, l’indivisaire débiteur ne peut pas, sur les poursuites de son coïndivisaire, arguer de la créance de l’indivision contre le même, qui n’est pas la sienne.

**475.** **La quote-part de l’indivisaire et sa dette envers son coïndivisaire.** — Le même raisonnement vaudrait lorsque l’indivisaire débiteur de l’autre serait créancier de l’indivision à cause de sa part. L’indivisaire ne pourrait opposer à son poursuivant la compensation de sa dette avec sa créance envers l’indivision. Parce que, dans cette théorie, la condition de réciprocité n’est pas remplie. Et réciproquement, l’indivision ne peut opérer la compensation de sa dette avec la créance que l’un des indivisaires a contre son créancier.

**476.** **Ordre personnaliste des paiements.** — Il reste que l’analyse personnificatrice donne bien entendu son explication de l’ordre entre créanciers. L’indivision a un passif distinct de celui des indivisaires. Nous parlons des créanciers de l’indivision *autres que les copartageants* (car ici il faut préciser). Ce passif se compose essentiellement des dettes du *de cujus*. L’on comprend comme naturel, dans ce cadre d’analyse, que le créancier successoral ait le droit

d’agir sur la masse indivise avant le partage. Quant aux créanciers personnels des héritiers, ils n’ont d’autres accès aux biens successoraux que celui que leur donne le droit de leur débiteur. Ils doivent donc attendre le partage. Puisque les créances à cause de l’indivision figurent dans la masse, elles échappent aux créanciers personnels des indivisaires. C’est ainsi que le conflit successoral se résout et que s’explique l’effet de garantie de la compensation.

**477.** **Confusion du passif successoral et du passif indivis. —** En réalité, il faut noter que pour la doctrine germaniste il n’y a pas de nuance entre passif successoral et passif indivis. Le privilège du créancier successoral s’explique parce que sa créance est dirigée contre l’entité indivision, tandis que celle du créancier personnel l’est contre l’indivisaire. Quant au bénéfice d’inventaire, il va de soi dans ce système, car le créancier successoral n’a pas de droit sur le patrimoine des indivisaires.

**478.** **Sort du passif indivis ensuite du partage. —** Ensuite du partage, ce qui reste éventuellement du passif ordinaire de l’indivision se divise entre les copartageants, au prorata des parts de chacun. Les créanciers de l’indivision ne bénéficient pas d’un privilège particulier sur les biens échus à l’indivisaire, mais les créanciers successoraux peuvent faire valoir leur privilège contre les créanciers personnels des héritiers. La dette des indivisaires ne nous paraît pas *propter rem*. Chacun est responsable, au prorata de sa part, et pour le moins à hauteur de ce qu’il recueille effectivement en fait d’actif commun. Les créanciers

“ordinaires” de l’indivision, ceux qui n’en sont pas membres, suivront, dans ce système, leur gage, de même que les créanciers du commandité suivent leur gage, après la dissolution de la société, entre les mains des commanditaires, ou que le créancier du mari suit son gage entre les mains de l’épouse commune en bien qui a accepté la communauté.

**479. LE PARTAGE AU REGARD DU CREANCIER DE L’INDIVISAIRE. —** De la sorte, si les créanciers antérieurs de l’indivisaire voient surgir, à l’actif, le lot de leur débiteur, ils peuvent voir aussi, au passif, arriver de nouveaux créanciers.

**480. LE CRITERE DE LA COMPENSATION, LA CONDITION DE RECIPROCITE ET LA PERSONNALITE FICTIVE. —** L’analyse personnaliste explique la compensation par la présence d’un compte séparé et autonome, auquel seraient imputées dettes ou créances compensables. Cela conduit à introduire une fiction de personne. De sorte que la condition de réciprocité ne serait remplie que pour l’indivision et chacun des indivisaires.

**481. VALEUR DE LA RECIPROCITE. CONDITION NON INDISPENSABLE. —** L’analyse en terme de condition de réciprocité nous semble critiquable. Lorsqu’elle interdit la compensation, dans la pluspart des cas il s’agit moins d’une règle que d’une impossibilité logique. La réciprocité n’est pas une condition essentielle de la compensation. Il arrive que dans des situations d’obligations entre trois personnes la non-réciprocité, bien réelle, ne soit pas un obstacle. Il suffit, pour

que la compensation ait lieu, que deux des trois personnes soient dans une relation de compte. Et que les deux obligations aient un rapport avec ce compte.

**482. UNE RELATION DE COMPTE PEUT FAIRE REPONDRE L’ACTIF D’UNE PERSONNE AU PASSIF D’UNE AUTRE. —** Par exemple Primus est débiteur de Secondus, lui-même débiteur de Tertius. Si Primus et Tertius sont en compte, cela signifie que Primus peut perçevoir des sommes dûes à Tertius. Cela a lieu dans le cas où Primus serait tuteur, administrateur légal, mandataire ou associé (d’une société révélée) de Tertius. Plutôt que de payer Secondus, qui lui-même (s’il est solvable) paiera Tertius, Primus compense sa dette envers Secondus sur la créance de Tertius contre Secondus. En contrepartie l’obligation a lieu directement entre Primus et Tertius. Secondus impute alors sa créance contre Primus sur sa dette envers Tertius. L’imputation peut aussi s’opèrer initialement au sein du compte de celui qui est à la fois créancier et débiteur ; le résultat en est que son créancier et son débiteur seront désormais directement en rapport d’obligation. Et il ne faut pas déduire de ce cas une quelconque unité de personnalité entre le débiteur et le créancier de la même personne. La réciprocité n’est donc pas une condition indispensable du jeu de la compensation.

**483. CONDITION INSUFFISANTE : UN COMPTE PEUT EMPECHER LA CORRELATION DE L’ACTIF ET DU PASSIF. —** En outre, dans l’autre sens, deux obligations peuvent être parfaitement réciproques, sans que la compensation ne soit possible. L’obstacle à la compensation s’explique alors par la notion de compte. Il suffit d’une

séparation interne aux comptes d'un seul et même patrimoine pour interdire en certains cas de faire se correspondre dettes et créances de la même personne. Car une séparation des comptes signifie une affectation spéciale d'une partie de l'actif à une partie du passif. Par exemple lorsque certains créanciers se voient interdire l'accès à une portion de l'actif de leur débiteur, ou lorsqu'ils sont privilégiés, toujours relativement à une partie de l'actif du débiteur, sur d'autres créanciers[29]. En de tels cas, il peut même y avoir une connexité objective entre les deux obligations, c'est la *connexion* entre créance et dette qui est interdite. La réciprocité est donc une condition insuffisante.

Conclusion du paragraphe

**484. RELATION DES CATEGORIES ARISTOTELICIENNES DE DISTRIBUTION ET DE COMMUTATION. —** L'attribution d'un lot à chacun des indivisaires génère des obligations qui s'éteignent par compensation. Le partage, autrement dit, ne serait pas de nature exclusivement distributive. Si l'on veut user de la fameuse dichotomie aristotélicienne, il faut procéder autrement qu'en cataloguant l'opération ici ou là. L'idée serait plutôt que le partage réalise la distribution au moyen de commutations. Si ensuite l'on souhaite préciser cette idée, l'on renoue avec l'opposition entre analyse classique et analyse personnaliste du partage.

[29] Il arrive que deux obligations parfaitement réciproques ne se compensent pas, lorsque l'une des deux personnes peut opposer la séparation des comptes qu'elle tient, à l'intérieur de son patrimoine. Nous le verrons mieux avec le bénéfice d'inventaire, dont nous approfondirons ci-après la nature, au fur et à mesure. V. le cas de l'héritier créancier d'un créancier du défunt, *infra* n°483.

**485.** THEORIE DE LA PERSONNE ET QUESTIONS TECHNIQUES. — Il faut observer à ce sujet que c'est en poursuivant la description de la compensation en elle-même et pour elle-même, que nous avons vu s'opposer une analyse comptable réaliste, qui n'érige qu'un compte par personne, et une analyse personnaliste, qui a besoin, pour faciliter sa description des conditions et des effets de l'opération, d'ériger un compte supplémentaire *ad hoc*, pour y imputer créances et dettes. Il se pourrait, vu le rôle important que joue la compensation dans la comptabilité du partage, que ce mécanisme soit le terrain d'élection de l'opposition théorique relative à la nature de la masse indivise. Cela signifierait que le procédé de la compensation contient en germe la théorie de la personnalité morale. Toujours est-il que la véritable source de discorde en matière d'indivision successorale, nous semble moins tenir, en réalité, à de quelconques idéologies, qu'à ces deux manières, internes à la doctrine civiliste, de tenir les comptes.

## § 2
## *Le partage avec soulte ou vente d'un bien*

### A) Le partage avec soulte

**486.** LA CREANCE A CAUSE DE L'INDIVISION APPARAIT EN TANT QUE SOULTE. — La garantie représentée par l'extinction des obligations par compensation est suspendue à l'égalité entre les lots. A défaut d'une telle égalité, lorsque les lots ne sont plus exactement proportionnels aux vocations respectives des indivisaires, l'obligation à cause de l'attribution n'est plus occultée par la

compensation, elle apparaît en tant que soulte[30]. Il peut s'agir d'un déséquilibre entre les lots, c'est-à-dire que le lot de l'un est inférieur à sa part idéale, tandis que celui de l'autre est supérieur, la différence étant complétée par une soulte. Il n'est même pas exclus que l'opération du partage consiste à ne composer, de toute la masse indivise, qu'un seul lot, attribué à un seul indivisaire. Le partage se résume alors à cette attribution. Il peut s'agir aussi, dans l'hypothèse de trois indivisaires, de ne composer que deux lots. Dans les deux cas un indivisaire voit sa part idéale se traduire, en tout ou en partie, par une créance contre son ou ses coïndivisaires. Entre le déséquilibre le plus minime et le cas d'une soulte à hauteur de la part idéale de l'indivisaire, tous les degrés sont possibles et tout dépend des circonstances.

**487.** ANALYSE CLASSIQUE ET ANALYSE PERSONNALISTE. — Pour l'analyse classique, l'inégalité des lots a pour conséquence l'inégalité des obligations, car la compensation a lieu à hauteur de l'obligation la plus faible, et le surplus reste dû. L'indivisaire dont la part prise au partage est plus importante que ce que lui attribuait sa vocation successorale est débiteur de celui dont la part est inférieure,

[30] Cf. Inst. Just., 4. 17. 4. ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5ème éd., Paris : Arthur et Rousseau, 1911, p. 629 : « balancer par une indemnité en argent l'attribution de propriété plus étendue faite à l'un des copropriétaires ». C. civ. art. 833 (« l'inégalité des lots en nature se compense par un retour soit en rente, soit en argent ») et 833-1. Il faut noter que la soulte a un effet de révélateur de l'obligation, inhérente au partage, que la compensation tend à occulter.

et qui dispose d'une créance à cause de "l'indivision"[31]. Pour l'analyse personnaliste, le phénomène de la soulte provient de ce qu'un des partageants étant attributaire d'un lot de valeur supérieur à sa part, la créance de l'indivision née en contrepartie contre lui est supérieure à sa créance contre elle. La créance de l'indivision ne s'éteint donc pas entièrement et subsiste à l'actif de la masse pour le surplus. En revanche, les indivisaires dont le lot est inférieur à leur droit voient leur éventuelle dette envers l'indivision s'éteindre complétement et le surplus de la créance de l'indivision leur être attribué, de telle sorte qu'il y a au final une obligation entre copartageants qui procède autant de la créance de l'indivision contre l'attributaire du bien que de la créance de l'indivisaire contre l'indivision, à cause de sa part[32]. L'apparition de la soulte procède de calculs différents d'une analyse à l'autre, mais la somme due est la même.

**488.** **MISE EN DANGER DE L'EGALITE DU PARTAGE. —** En cas de soulte l'égalité du partage est en danger, parce que par hypothèse même, qu'elle complète un lot composé d'objets en nature ou qu'elle s'y réduise, la soulte est toujours représentative de la part idéale de l'indivisaire créancier. Et réciproquement, la

[31] Primus et Secondus se partagent une masse indivise de trente six millions d'euros. La part idéale de l'un et de l'autre est de dix huit. 1° Si Primus est attributaire de la totalité de la masse, la valeur de son lot (trente six) dépasse sa part idéale (dix huit), et cette attribution représente pour lui un gain qui laisse subsister à sa charge une dette équivalente à son enrichissement (dix huit) envers Secondus. Et pour Secondus cette créance de dix huit millions, contrepartie provisoire de l'allotissement, représente l'entièreté de sa part idéale. 2° Lorsque Primus serait attributaire d'un lot de vingt sept, et Secondus d'un lot de neuf millions, Primus serait débiteur de treize millions cinq cent mil, et Secondus créancier de quatre millions cinq cent mil. Après compensation, Primus resterait débiteur de neuf millions.

[32] Si la totalité de trente-six est attribuée à l'un des deux héritiers, son gain est de trente-six, la perte pour l'indivision est également de trente-six, l'indivision est sa créancière pour trente-six. Cette créance de la masse contre l'alloti se répartie entre les deux copartageants au prorata de leurs droits, ce qui termine le partage (et dissout l'indivision). Elle s'éteint ensuite à hauteur de la part du débiteur et elle subsiste, contre le même, au profit de l'indivisaire à qui elle est attribuée.

part en nature du débiteur de la soulte est supérieure, dans l'exacte mesure de sa dette, à sa part idéale[33]. Dans le cas où le débiteur de la soulte ne pourrait la payer, cela briserait, avec l'égalité des créanciers, l'équilibre de tous les intérêts en présence[34].

**489.** **LA SOULTE ET LES CREANCIERS DES COPARTAGEANTS. —** La soulte signifie que son débiteur s'est vu attribuer une part en nature supérieure à sa part idéale[35]. Il est vrai que le bien ou les biens qui lui ont été attribués sont saisissables par tous ses créanciers. Et, même si cela tend à un mouvement contraire de celui que le partage vient de produire, le créancier de la soulte peut certes saisir et faire vendre le ou les biens attribués à son copartageant. Mais dans le conflit qui né, pour le partage du prix, entre le créancier de la soulte, c'est-à-dire le créancier à cause de l'indivision et du partage, et les autres créanciers, notamment successoraux, rien ne garantit que le premier sera préféré. L'on ne peut, même pour la portion pour laquelle l'indivisaire attributaire est débiteur de la soulte, revenir sur le partage et sur son effet. C'est ainsi que les créanciers de l'indivisaire attributaire et débiteur de la soulte bénéficient, par le partage, d'un accroissement du gage de leur débiteur au-delà de sa part idéale. Cela peut léser,

[33] L'aspect fiscal est difficile, vis-à-vis du débiteur de la soulte, qui voit sa part en nature dépasser provisoirement sa part idéale, pour laquelle il a déjà payé des droits successoraux. Pour l'aspect fiscal, v. Ph. Malaurie, 4ème éd. avec le concours de P.-J. Claux et N. Gouzigou-Suhas, Paris : Cujas, 1998, n°987, p. 523.

[34] C'est dans un louable souci d'égalité que le législateur, le 23 juin 2006, a introduit par une disposition supplétive, la révision de la soulte encore impayée (C. civ., art. 828). Néanmoins cela nous semble critiquable parce c'est une manière de prolonger l'indivision – dont décidément l'on ne sort pas ! - jusqu'au-delà du partage.

[35] Illustration d'un phénomène classique dans Civ. 1re, 5 nov. 1991 (*Defrénois* 1992, 35314, p. 895, note M.-C. Forgeard).

réciproquement, les propres créanciers du créancier de la soulte. Or, en toute rigueur, le créancier d'un indivisaire ne devrait pas pouvoir escompter plus que la part idéale de son débiteur sur la masse partageable, et il ne devrait pas escompter moins. Quant au créancier successoral, il peut être favorisé, dans la mesure où il poursuit l'indivisaire attributaire du bien, car il bénéficie de son privilège, mais il peut être défavorisé lorsqu'il poursuit l'indivisaire créancier de la soulte.

**490.** **LA SOLVABILITE DU DEBITEUR DE LA SOULTE. —** Peu importe à quoi tient l'apparition d'une soulte[36], il reste que le respect de l'égalité du partage, et, avec elle, non seulement celle entre héritiers, mais encore entre leurs créanciers respectifs, dont est le créancier successoral, est suspendue à la solvabilité de l'indivisaire son débiteur. C'est pourquoi lorsque aucun des indivisaires ne présente les garanties nécessaires[37] mieux vaut, plutôt que de revenir sur le partage et sur son effet (ce qui, ici, serait légitime), procéder directement à la vente du ou des biens indivis préalablement au partage.

[36] Elle peut tenir à la nature d'un bien indivis, qui ne peut être aisément morcelé. Elle peut, de manière contingente, s'expliquer par l'attribution préférentielle. La loi de 1976, ensuite d'autres réformes, a multiplié les cas d'attribution préférentielle. Lorsque cela génère une soulte, la loi entoure son paiement de garanties, mais l'égalité des héritiers reste suspendue, en définitive, à la solvabilité de l'attributaire (d'où des palliatifs, loi du 4 juillet 1980, sur laquelle v. A. Lassoubatjeu, Art. 34910, *Defrénois*, p. 1280). Les attributions préférentielles sont des conquêtes directes du courant germaniste. Cf. M. Planiol, 3[ème] éd., Paris : LGDJ, 1905, t.3, n°2319, p. 498, les biens de famille en Allemagne, *Anerbenrecht* ; un seul succède qui indemnise les autres héritiers avec des soultes.

[37] Pour les garanties attachées au paiement de la soulte, v. M. Grimaldi, *op. cit.*, n°903-910, pp. 888-894.

**B) Le partage avec vente d'un bien**

**491.** GARANTIES DE LA VENTE. — En cas de vente du bien, les indivisaires, plutôt que d'être créanciers les uns des autres du versement d'une improbable soulte, sont créanciers de l'acquéreur du bien. Un tel procédé permet précisément d'éviter les inconvénients de la soulte, en donnant à l'indivisaire auquel le bien échappe (et à ses créanciers) les garanties que l'on accorde normalement à un vendeur. Certes, la vente ne vaut, en tant qu'opération préalable du partage, que ce que vaut la solvabilité de l'acheteur. Mais ici la licitation-partage, c'est-à-dire la procédure de la vente en justice, obligatoire en présence d'un mineur, peut venir garantir que l'adjudicataire aura les moyens de payer.

**492.** L'INDIVISAIRE ATTRIBUTAIRE DU BIEN EST CREANCIER DU PRIX. — La vente anticipe de peu sur le partage. Un indivisaire n'est auteur et créancier de l'acquéreur qu'en tant que le partage le rend attributaire du bien, et dans la mesure de cette attribution. La créance de prix se répartit ainsi entre les indivisaires.

**493.** CREANCE DE PRIX DE VENTE ET CREANCE A CAUSE DE L'ATTRIBUTION DU BIEN. — Mais il est absolument nécessaire de clairement distinguer, d'une part, la créance de prix de vente, dont le débiteur est l'acquéreur du bien, et le créancier son attributaire, et, d'autre part, la créance née en contrepartie et à cause de l'attribution du bien, dont le débiteur est précisément l'attributaire du bien[38].

[38] Notre analyse comptable contient une solution qui harmonise la question du partage et celle du rapport. C'est là, selon nous, la clef d'or d'une conception exacte de toute la casuistique de l'indivision et du partage.

L'attribution du bien oblige son bénéficiaire envers son ou ses coïndivisaires, dans une mesure destinée à compenser par une dette la créance qu'il a sur eux à cause des attributions dont ils ont bénéficié. Et sa part consiste en une créance contre l'acquéreur du bien.

**494.** CONDAMNATION DE LA THEORIE DE LA CREANCE DE PRIX REPRESENTATIVE DU BIEN VENDU. — En vérité, l'immeuble entre en nature dans la composition de la masse partageable. Il n'est pas besoin de dire qu'il y est représenté par la créance de prix de vente. C'est ainsi que nous pouvons expliquer certaines solutions sans recourir à la théorie du prix de vente représentatif, dans la masse partageable, du bien vendu. Au regard d'une conception orthodoxe des choses cette théorie ne peut pas être acceuillie, parce que concevoir une réification et une indivision des créances reviendrait à supposer la personnalité de l'indivision.

**495.** CRITERE DE REPARTITION DU BIEN VENDU. — L'immeuble est d'autant plus facilement divisible qu'il est déjà vendu. Rien n'oblige une répartition plutôt qu'une autre. Le seul cas de figure qui indiquerait division au prorata de la vocation de chacun sur le tout, ce serait celui d'une masse partageable exclusivement composée de l'immeuble.

**496.** HYPOTHESE DE REPARTITION DU BIEN AU PRORATA DES PARTS. — Si la masse indivise ne pouvait être partagée, son prix se répartirait entre les indivisaires, au prorata de leurs parts. Cela signifie que le bien se répartit pour sa valeur et que chaque indivisaire est attributaire d'une part égale à celle des autres. L'analyse

qui vaut pour le partage en nature vaut en ce cas. Des obligations réciproques naissent et s'éteignent par compensation. Dans notre cas, le prix se répartit au prorata des parts idéales, et chaque indivisaire est, pour sa part, auteur de la vente. Lorsqu'un indivisaire aurait tout ou partie de son lot déjà composé en nature, le prix ne lui serait attribué que pour complément[39].

**497.** L'INDIVISAIRE ACQUEREUR ET ATTRIBUTAIRE DU BIEN. — Le prix est dû par l'acquéreur du bien à l'attributaire ou aux attributaires que détermine le partage, quand bien même serait-il lui-même membre de l'indivision[40]. L'on conçoit en ce cas que l'indivisaire soit débiteur du prix de vente envers l'un ou l'autre de ses copartageants attributaires du bien. Mais il faut envisager également le cas de l'indivisaire qui serait en tout ou en partie attributaire du bien et qui s'en porterait, en outre, adjudicataire. Une telle chose n'est pas théoriquement impossible[41]. L'indivisaire adjudicataire, est alors, dans la mesure où il est attributaire du bien, à la fois créancier et débiteur du prix. L'héritier qui se porte adjudicataire ne doit le prix qu'à celui ou à ceux qui seront attributaires de

[39] Dans l'affaire Chollet, Amicie et Louis sont les attributaires des biens immeubles licités. Le tribunal civil dit exactement que P.-X. D. « n'a aucun droit dans les immeubles », que la totalité de l'actif de la succession a été attribué aux cohéritiers de X.D ». C'est la conséquence de ce que P.-X. D. a bénéficié d'une avance sur sa part. Et cela a pour conséquence de constituer A. et L., d'un côté, à cause de cette attribution, débiteurs de P.-X., et de l'autre, auteurs de la vente et donc créanciers du prix de vente, qui échappe ainsi à l'emprise directe de Chollet, créancier de P.-X. D. Quoi qu'il en soit, la question essentielle ne fut jamais soulevée, qui était de savoir si la vente d'un bien indivis à un tiers était en soi concevable, ou si au contraire elle ne supposait pas de toute nécessité une vente préalable entre indivisaires.

[40] Notre manière d'envisager les choses écarte l'idée du rapport de la dette de l'indivisaire adjudicataire d'un bien indivis (théorie de la licitation-partage). Distinguant partage et licitation, il n'y a pas de raison pour que la dette de l'indivisaire adjudicataire ne connaisse pas le même sort que celle d'un étanger. Le partage déterminera le créancier du prix.

[41] Une mesure de police des enchères interdit au débiteur poursuivi de se porter enchérisseur, mais c'est parce qu'il est par hypothèse insolvable. En revanche, le tiers détenteur, propriétaire de l'immeuble, peut se porter adjudicataire.

l’immeuble lors du partage. Dans l’hypothèse où la créance de prix se répartirait au prorata des droits de chacun, la confusion aurait lieu dans cette mesure, et l’indivisaire pour le reste serait simplement débiteur du prix envers les attributaires de la créance.

**498.** VENTE, PARTAGE ET SOULTE. — La nuance entre la dette due par l’attributaire du bien lors du partage et la dette de prix due par l’adjudicataire devient cruciale lorsqu’un héritier qui s’est porté adjudicataire est précisément attributaire du bien. Mais cela n’est difficile à comprendre que si l’on ne perçoit pas l’autonomie de la catégorie de partage relativement à celle de vente. La raison profonde de cette confusion tient, pour une certaine doctrine classique, à ce que le partage impliquerait la vente. C’est à nos développements précédents que nous devons de pouvoir ainsi distinguer le partage de la vente, la créance à cause de l’attribution d’un bien de la créance de prix de vente et dès lors la soulte (dont la cause est une attribution lors du partage) du prix de vente. Mais le dessin de cette solution au cas de la licitation introduit un hiatus temporel entre l’instant du partage et celui de l’attribution du bien, qui remonte, rétroactivement, précisément lors du partage, au moment de l’aliénation du bien. Or cela nous introduit à l’essentiel de la théorie du rapport en valeur qui ne se comprend bien qu’avec ce qui suit.

# Titre 2
# Le compte de la participation aux gains et aux pertes

**499.** **Les obligations nees du partage.** — Le phénomène de l’obligation à cause du partage est évident en cas de soulte. Mais il est plus général, et nous avons vu que c’était la notion d’indivisaire créancier à cause de l’indivision qui était centrale. Le partage d’un bien indivis entre plusieurs personnes ne suppose pas seulement qu’elles soient propriétaires, il implique aussi qu’elles soient obligées les unes à l’égard des autres. Nous allons encore nous intéresser à ces obligations qui naissent du partage de l’indivision, mais désormais nous pouvons nous occuper du rapport en valeur ou, *dixit* Pothier, du rapport fictif.

**500.** **Partage en nature et rapport en valeur.** — Néanmoins, c’est en poursuivant et en complétant l’étude du partage en nature des biens, et toujours dans ce cadre, que nous allons pouvoir aborder la question du rapport en valeur, car, comme nous l’avons déjà dit en introduisant au présent livre, quand bien même la masse ne serait composée que de biens présents en nature, le partage pourrait toujours inclure, au moins partiellement, un rapport en valeur.

**501.** **Ouverture de compte.** — L'indivision successorale est source, entre indivisaires, d'obligations qui entrent en compte (c'est la théorie du compte mobilier)[1]. Tout rapport en nature (ou rapport réel) ouvre, entre chaque indivisaire et l'indivision *lato sensu*, un compte dont le solde, comme nous le verrons, fait l'objet d'un rapport en valeur. Il y a donc une reddition puis un règlement de compte.

[1] L'art. 857 C. civ. (loi du 23 juin 2006) dispose, au sujet des libéralités, que « le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier ; il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession ». V. l'ancien art. 830 al. 1 C. civ. La comptabilité du rapport est annoncée dans de nombreux arrêt par des formules classiques (v. par exemple Civ., 17 nov. 1936, *Gaz. Pal.* 1937.1.48).

# Chapitre 1
# La reddition du compte des gains et des pertes

**502.** **VALEUR DES BIENS ENTRE LA DATE D'OUVERTURE DE LA SUCCESSION ET LA DATE DU PARTAGE. —** Partons de l'hypothèse d'une masse formée d'un ou de plusieurs biens indivis présents en nature. L'on chiffre la valeur que représente chaque bien à deux instants : au jour de l'ouverture de la succession, et au jour du partage. Tout indivisaire doit rendre compte des pertes qu'il a causé à un bien et des sommes qu'il a engagé pour ce bien dans l'intervalle. Cela ne concerne que les opérations ayant eu lieu aprés l'ouverture de la succession et avant la date du partage, à l'exclusion de celles ayant précédé l'ouverture de la succession, qui concernent les rapports du futur héritier et du *de cujus*, et qui, si elles donnent lieu à obligation, génèrent des dettes et des créances successorales, et à l'exclusion aussi des évènement qui suivent le partage, dont le cas ne pose plus de difficulté puisque le bien est sorti de l'indivision.

**503.** **MASSE INDIVISE, MASSE PARTAGEABLE ET RAPPORT EN VALEUR. —** Il faut revenir un moment sur la notion de masse partageable. Celle-ci peut se composer d'un

ou de plusieurs biens indivis présents réellement et en nature. L'on fixe le montant de la valeur de chaque bien au jour du partage. La somme de ces montants donne la valeur de la masse indivise. Mais l'on tient compte de la valeur de chaque bien à l'instant de l'ouverture de la succession. Lorsqu'il y a, entre le jour de la succession et celui du partage, une moins-value, l'on peut, à de certaines conditions, procéder au rapport en valeur et fictif de la portion disparue, de telle sorte que le bien figure dans la masse pour une valeur globale supérieure à sa valeur en nature. Un bien peut même, grâce à ce prodédé, être entièrement rapporté en valeur et figurer fictivement dans la masse. Cela fait que la valeur de la masse partageable, reconstituée, est supérieure à celle de la masse indivise des biens présents et rapportés réellement et en nature.

**504.** **PLUS VALUE ET MOINS VALUE. —** C'est dans ce rapport en valeur qu'interviennent les notions d'obligation entre indivisaires, de créance de l'indivision *lato sensu*, et de dette de participation. Réciproquement, lorsqu'il y a une moins value entre le jour de la succession et celui du partage, cela peut se traduire par une dette de l'indivision *lato sensu*, et la masse partageable peut s'avérer plus étroite que la masse des biens indivis.

**505.** **COMPTABILITE (I). LES ARTICLES DU COMPTE DE L'INDIVISAIRE. —** L'on impute, relativement à chaque bien, au compte ouvert pour chaque indivisaire, le montant des réparations qu'il doit et des améliorations qui lui sont dues. Et l'on fait la balance de ce que chaque indivisaire doit et de ce qui lui est dû,

concernant chaque bien, de telle sorte que seul ce solde partiel serve à la réévaluation du bien. Cette forme de compensation, qui n'opère, au stade de la reddition de compte, que pour chaque unité de la masse commune, est une garantie de l'égalité du partage.

**506.** **COMPTABILITE (II). LA CLOTURE DES COMPTES DES INDIVISAIRES. —** Cette reddition du compte mobilier permet de réévaluer la masse. Le montant de la valeur de la masse partageable reconstituée, résulte d'une opération, qui contient d'ailleurs un second effet de compensation, et qui consiste à prendre la valeur de la masse indivise des biens présents réellement au jour du partage, à y additionner la somme de tout ce que doivent les indivisaires, et à en soustraire tout ce qui leur est du. Dès lors, la valeur de la masse partageable reconstituée peut être finalement d'une valeur inférieure ou d'une valeur supérieure à la masse indivise réelle ; en ce dernier cas, c'est, pour cette portion, une masse fictive.

**507.** **ANALYSE DE CETTE COMPTABILITE. —** L'égalité du partage est donc médiatisée par la comptabilité d'un équilibre entre chaque indivisaire et la masse commune. Il s'agit, pour bien saisir la nature de toute cette comptabilité, d'en détailler les articles, en distinguant selon qu'ils procèdent d'une créance de l'indivision à cause de son appauvrissement, ou au contraire d'une dette de celle-ci à cause de l'appauvrissement d'un indivisaire.

## Section 1

## Les créances de l'indivision, contreparties de ses pertes

**508.** APPAUVRISSEMENT ET CREANCE DE L'INDIVISION. — Nous avons vu dans la théorie classique de l'attribution que c'était l'appauvrissement, et non l'enrichissement, qui permettait de déterminer l'endroit où se situe l'indivision *lato sensu*. Les appauvrissements de l'indivision, dont naîtront une créance, sont de deux types, les uns sont en pure perte, les autres ont pour corrélat direct l'enrichissement d'un indivisaire. Nous distinguerons donc, parmi les créances de l'indivision, entre créance de contribution aux pertes et créance de rapport des biens en valeur, que nous grefferons ainsi aux articles actifs du compte de l'indivision[1].

### § 1
### *L'appauvrissement de l'indivision en pure perte*

**509.** DETTE DE L'INDIVISAIRE. — Au jour du partage, le bien indivis a, depuis l'ouverture de la succession, perdu de sa valeur, ou il n'en a pas pris comme il aurait dû (c'est un manque à gagner). Cette diminution peut s'expliquer par diverses raisons, et même par une disparition d'une portion plus ou moins grande du bien. Mais laissons ici la question de la délimitation du domaine exact des causes d'appauvrissement, dont la résolution est très largement commandée par la compréhension du processus en lui-même, et concentrons-nous précisément

[1] Cf. ancien art. 829 C. civ. et nouveaux art. 843 et 864.

sur celui-ci[2]. La perte de valeur peut être imputable au fait, à la faute[3], à la négligence ou à la mauvaise intention d'un indivisaire, qui détériore ou qui laisse se dégrader un bien, qui le gère mal ou qui en tire profit[4]. Lorsqu'un indivisaire

[2] Le détail des causes est ensuite sujet à controverse. La compréhension de toutes ces hypothèses requiert de parler des comptes entre indivisaires : 1° *Usage et jouissance*. L'article 815-9 prévoit que celui qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, redevable d'une indemnité. Cela remonte, semble-t-il, à l'arrêt Casier (Civ. 1re, 15 févr. 1973 ; *D.* 1975. 509, note Savatier, *Defrénois* 1975, art. 30854 ; Flour (J.), « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Rép. Defrénois* 1975, art. 30854 ; cf. Req., 19 nov. 1851, *D.* 1851.1.315 ; arrêt Mulle. Autrement dit, l'indivisaire qui ne jouit pas de la chose est considéré en quelque sorte comme renonçant à une partie de cette chose. Et celui qui en jouit anticiperait par là sur le partage final (l'analyse que fait A. Chamoulaud-Trapies [dans *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse Limoges 1997, Limoges : PU Limoges, 1999, p. 181] de ce mécanisme est intéressante car elle est celle du partage selon la pensée classique – référence faite à L. Aynès). V. J. Boulanger, « La clause notariale dite de jouissance divise dans les partages de communauté et de succession », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1935 ; M. Dagot, « L'indivision » (commentaire de la loi du 31 décembre 1976). *JCP* 1977.I.2858 ; D. Martin, « Le droit de l'indivision » (Commentaire de la loi n° 76-128 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision), *D.* 1977, chron. p. 221 ; Ph. Rémy, « rapport français aux travaux de l'association Henri Capitant », t.39, 2ème partie. 2° *Fruits*. Les fruits peuvent d'abord être considérés comme un attribut normal de la jouissance du bien, et aller à celui qui a cette jouissance, que le bien tombe, ou non, dans son lot. Ensuite on s'attend parfois à ce que les fruits soient destinés exclusivement à l'indivisaire attributaire final du bien frugifère (cette règle est parfois comprise comme une limite à l'effet rétroactif du partage. A. Chamoulaud-Trapies, *op. cit.* ; C. Saint-Alary-Houin, « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du Code civil », *Rtd com* 1979, n°33, p. 668). Enfin, si les fruits accroissent la masse commune, l'indivisaire sera comptable envers celle-ci de la perception des fruits du bien immeuble frugifère qu'il occupe (les fruits sortent de l'indivision au fur et à mesure de leur apparition), Civ. 23 avril 1898, Req., 12 juill. 1916 et aff. P. Durand (Civ. 1re, 10 déc. 1968, *D.* 1969. 165). V. Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867-1879, § 627, p. 605 ; F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, p. 274 ; A. Sériaux, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1986, n°172, p. 323 ; H. Capitant, « De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux », *Revue critique de législation et de jurisprudence* XLIX (1929), pp. 29 et 30, et « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 29 ; M. Dagot, *op. cit.* ; J. Flour, « Plus-values et fruits de biens indivis », *JCP* 1943.I.336. 3° *Créances*. L'ensemble de notre démonstration est consacrée, pour l'essentiel, à l'examen du délicat problème des créances, c'est-à-dire aux questions de la perception des sommes dues "à l'indivision" (ou "l'encaissement des sommes communes" : v. art. 815-8 C. civ., arrêts Cerf-Marchand, Guesné et Lassègue), et des intérêts des créances. Cela dépend aussi de l'analyse théorique que l'on a choisi au préalable. L'on tend en doctrine à analyser le paiement d'une créance à l'image de la perception d'un fruit et les intérêts des sommes dues, en particulier, comme la perception de fruits d'un fruit. Comp. la reddition de compte en matière de pétition d'hérédité (P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°194), tutelle (Aubry et Rau, *op. cit.*, t.1, § 121, pp. 488-489.

[3] Le problème est celui du degré d'exigence qu'il faut avoir ici.

[4] Ainsi Req., 23 avril 1898 (affaire Guesné, *D.* 98.1.390, *S.* 1902.1.188, *Gaz. Pal.* 98.1.621), il s'agissait d'un indivisaire, soupçonné d'avoir « commis des abus de jouissance et des déprédations sur les biens à partager » et d'en avoir aliéné une partie ; le tribunal avait ordonné une expertise en vue d'établir la réalité des faits et d'évaluer l'éventuelle indemnité due en contrepartie ; le demandeur au pourvoi critiquait cette ordonnance, suite à un accord intervenu entre les parties visant à renoncer à réclamer tout compte. Moyen écarté par la ch. des requêtes (au motif qu'il s'agit d'une des opérations préliminaires du partage), qui précise que le rapport peut être dû pour des causes postérieures à l'ouverture de la succession, par exemple pour des perceptions de fruits des biens héréditaires ; « qu'il est également dû par l'héritier qui a mal géré

bénéficie ou est à l'origine de l'appauvrissement des autres, il nait à son égard une dette. En tout état de cause l'héritier est débiteur.

**510.** **CREANCE DE L'INDIVISION. —** Si perte il y a, elle atteint incontestablement tous les indivisaires simultanément, que cela se traduise, dans la théorie germaniste, par un appauvrissement de l'indivision elle-même, ou que cela signifie, dans la théorie classique, un appauvrissement personnel des indivisaires. L'accord se fera en doctrine pour dire que l'indivision *lato sensu* est créancière, et le responsable débiteur de l'obligation de réparation des pertes. Mais dès lors qu'il s'agit de préciser la manière de procéder à la contribution, et en particulier de déterminer la valeur de l'obligation, et l'identité exacte de son créancier, l'on retrouve les oppositions théoriques que nous suivons depuis le départ. Nous allons donc approfondir sur le terrain du partage en valeur les doctrines que nous avons vu s'édifier sur celui du partage des biens présents en nature. Chacune des trois conceptions du partage que nous avons vu développe une théorie complète du rapport.

### A) Le rapport selon la comptabilité personnaliste

**511.** **PARTAGE GERMANISTE ET PARTAGE-CESSION. —** La théorie classique du partage-cession et la théorie germaniste, que nous critiquons l'une et l'autre, se

---

ces biens ou les a détériorés ». R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.7, p. 173 ; C. Demolombe, 3ème éd., par Guillouard, Paris, 1867, n°475, p. 555 ; J. Flour et H. Souleau, coll. « U », 3ème éd., Paris : Armand Colin, 1991, p. 274 ; P. Raynaud, *op. cit.*, n°737, p. 546 ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 696 ; A. Sériaux, *op. cit.*, n°172, p.323 ; M. Dagot, *op. cit.*, n°341.

réunissent sur un point qui les oppose radicalement à la conception que nous défendons, mais sur un second point elles s'opposent ensuite tout aussi radicalement l'une à l'autre.

### 1) *Point commun aux conceptions germanistes et classique du partage-cession*

**512.** **Creance de l'indivision *ut universi*. —** Ces conceptions adoptent l'une et l'autre le mode comptable qui personnifie la succession. Elles agréent, pour commencer, l'idée que les créances, qui répondent à la dette de l'héritier tenu au rapport, soient communes[5]. Et la dette de l'indivisaire responsable est à hauteur exacte du dommage. Elle n'est pas directement dirigée contre chacun des indivisaires appauvris, dans la proportion des parts de chacun. Dans cette mesure, l'indivisaire qui s'enrichit au détriment du bien commun, qui le détériore ou le laisse se dégrader, n'est pas censé causer un dommage à lui-même et à ses coïndivisaires, mais à l'entité indivision. C'est la relation de

[5] Créance « de la succession » (ou de l'indivision). Contrairement à l'analyse que nous défendons, la visée germaniste et une certaine doctrine classique ont en commun de supposer que *la masse successorale est créancière*. L'indivisaire doit rapporter sa libéralité et l'on intègre la créance corrélative de cette dette dans la masse partageable. Pour une application dans l'affaire Frécon, v. *infra* la note en annexe. Sur le plan du rapport en valeur, l'on assiste à une première opposition entre l'analyse en terme de cession de quote-part, pour laquelle la créance de rapport est divisée, *ipso iure*, entre les héritiers, et l'analyse germanique, pour laquelle celle-ci figure dans la masse. Cette dernière conception a été adoptée sans vergogne par le législateur français dans sa loi du 23 juin 2006 (v. les motifs du projet de réforme 2005 ; C. civ., art. 825 et 864). V. encore Civ., 9 fév. 1887 (*D.P.* 87.1.103 ; *S.* 88.1.5, note Labbé, concl. Desjardins ; n° 237 des Grands arrêts de la jurisprudence civile) où il est question « du compte de ce que (les copartageants) peuvent réciproquement devoir à la masse » ; tandis que l'arrêt Brouillet (Civ. 15 fév. 1865, *S.* 1865.1.225 ; *D.P.* 1865.1.429) contient encore l'ancienne formule de ce que les copartageants peuvent se devoir ; de même, Civ., 17 nov. 1936 parle « de dettes dont les intéressés peuvent être tenus respectivement, à titre de copartageants ».

l'indivisaire responsable et de l'indivision propriétaire qui est en cause, non sa relation avec son ou ses coïndivisaires.

**513.** **DEMONSTRATION COMPTABLE. —** Cela peut s'induire du montant de l'obligation née en contrepartie de la perte de valeur causée au bien commun. Car si, pour deux héritiers et un dommage de dix-huit, l'obligation à réparation n'est pas de neuf mais de dix-huit, ou bien si, pour trois héritiers et un dommage de douze, il n'y a pas deux obligations de quatre chacune mais une seule de douze, c'est que l'on compte comme si l'entité indivision était créancière. Le montant de la créance n'est plus le même selon que la créance de contribution aux pertes est, ou non, comprise dans un compte autonome[6]. Ce mode d'évaluation de la dette rapportable diffère du tout au tout de celui de la conception classique du partage-expropriation que nous verrons.

**514.** **CREANCE DE RAPPORT ET PERSONNALITE JURIDIQUE. —** Pour les courants majoritaires en doctrine de nos jours, tout va s'expliquer et rien ne peut s'expliquer, d'une manière ou d'une autre, que par la mise en indivision, ne serait-ce que furtivement, de la créance de rapport : c'est bien par là, selon nous, que la masse commune a quelque chose à voir avec la théorie de la personnalité juridique.

[6] Civ., 15 fév. 1865, Brouillet : dès l'ouverture de la succession l'un des deux indivisaires avait pris possession du mobilier successoral estimé alors à 20.000 fr. La Cour de cassation a estimé que la somme en question « constituait le montant du rapport à faire (…) à la succession ». *Id.* affaire Delquié (Trib. de Toulouse, 7 mars 1840 ; Toulouse, 4 janv. 1850 ; Civ., 29 nov. 1852, *D.P.* 52.1.326).

### 2) Opposition du courant germaniste et de la théorie classique du partage-cession

**515.** CONTROVERSE RELATIVE A LA PERSONNALITE DE LA MASSE. — C'est ensuite précisément au sujet du sort à réserver à la créance commune que cette branche de la doctrine classique et les théories germanistes divergent. Cette division doctrinale date de la fin du XIXème siècle. Une querelle célèbre eût lieu dont l'objet était la personnalité juridique de la masse indivise. L'un des deux partis qui alors se sont opposés correspond certainement au parti germaniste, l'autre peut correspondre au parti classique du partage-cession.

#### a) Le rapport selon la conception germaniste

**516.** LA MASSE PERSONNELLEMENT PROPRIETAIRE, CREANCIERE ET DEBITRICE. — La théorie germaniste va au bout de la logique de la comptabilité personnaliste en admettant que la créance de contribution aux pertes puisse demeurer dans la masse. Mais faire figurer les créances à l'actif de la masse est parfaitement cohérent avec l'idée que l'indivision est une entité propriétaire des biens indivis. Nous avons vu que, dans la conception germaniste, pendant la phase d'indivision les indivisaires ne sont pas directement propriétaires des biens indivis. Ils ne sont titulaires que de quotes-parts abstraites, assimilables à des créances contre l'indivision. Ce sont ces quotes-parts qui figurent à leur actif personnel, l'indivision étant corrélativement érigée en débitrice de ces quotes-parts (qui

figurent à son passif), et en propriétaire des biens indivis (qui composent son actif). Le tout est que, dans ce cadre de pensée, lorsqu'un indivisaire cause une perte à la masse commune, il est naturel de considérer qu'il s'endette envers l'indivision.

**517.** **EVALUATION DE LA MASSE REELLE PARTAGEABLE. —** La créance, dont le montant est égal à la perte subie, est imputée à l'actif du compte de l'indivision. De la sorte cette créance reconstitue directement la valeur perdue. Il est à peine nécessaire d'ajouter que la créance de réparation est subrogée à la valeur indivise disparue ou de dire qu'elle la représente. Il va de soi, dans ce système, que le jour du partage cette créance entre en compte dans l'évaluation de la masse partageable pour la liquidation des parts idéales. Il est donc tenu compte de la valeur réelle du bien qui a subi la perte de valeur, à quoi l'on ajoute la valeur de l'action contre le responsable. La créance reconstitue la masse indivise[7]. Ce qui ne dit encore rien de la répartition de la créance lors du partage[8]. Mais c'est bien ainsi que s'engage, pour la théorie germaniste, la compréhension du rapport fictif, ou en valeur. C'est que le germe d'erreur déposé dans les esprits à propos de l'indivision et du partage en général trouve dans la théorie du rapport un terreau on ne peut plus fertile. C'est à se demander si la théorie du partage et de

[7] Conception reçue par la loi française le 23 juin 2006 (nouvel art. 825 du C. civ.). A noter la disposition du nouvel art. 865 C. civ.
[8] Qui sera vue *infra* n°589.

la propriété propre à la conception germaniste ne s'est pas élaborée précisément sur le terrain de la comptabilité du rapport[9].

**b) Le rapport selon la conception classique du partage-cession**

**518.** **POUR OU CONTRE LA PERSONNALITE DE L'INDIVISION. —** En suivant la comptabilité personnaliste, la branche de l'analyse classique que nous critiquons tend donc, dans un premier temps, à conçevoir que la créance est commune. C'est une idée, erronée, de notre point de vue, qu'elle partage, ne serait-ce que le premier instant d'un calcul, avec l'analyse germaniste. Néanmoins, dans cette théorie, l'on ne peut pas dire que l'indivisaire responsable s'endette envers la masse indivise. Un rapport obligatoire, pour une analyse encore tributaire des dogmes classiques, ne peut pas se nouer autrement qu'entre deux personnes. Et il n'est pas possible d'échafauder des constructions artificielles, telles le patrimoine d'affectation ou la réification des créances[10]. Pour que l'indivisaire responsable soit débiteur de l'indivision créancière, il faudrait que celle-ci ait la

[9] Encore une fois, nous n'avons pas à entrer dans le détail des théories proposées (personne, patrimoine, propriété collective, corporation des héritiers, survie de la personne du défunt), ni dans le conglomérat de questions théoriques qu'elles soulèvent (est-ce la masse indivise elle-même qui est titulaire d'un patrimoine, ou est-elle ce patrimoine même ?), discussions dans lesquelles la doctrine allemande du XIXéme siècle est passée maître. V. R. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théorie*, Paris, 1910, 664 p., 2e éd., 1922.

[10] Soumettre les créances au régime des biens permet de contourner la difficulté liée à la personnalité juridique. C'est l'idée qu'un droit personnel est un bien et qu'il peut être indivis. La conception du droit subjectif peut y conduire dans la mesure où elle place le sujet en regard de droits, qui peuvent être réels ou personnels. H. Battifol, note sous Civ., 11 janv. 1937, *S.* 1938.1, pp.379-380 s'était élevé contre cette conception : « malgré la tradition peu cohérente qui voit dans les *droits* de créance des *biens* (… et même des biens meubles, alors que les biens, dans une saine terminologie, ne devraient jamais être que l'objet de droits et non se confondre avec eux), nous croyons inutile et boiteux de dire que l'héritier devient « propriétaire d'une créance » : il devient créancier. ») Cf. aussi J. Carbonnier, *Droit civil,* tome 2 *Les biens et les obligations,* coll. Thémis-droit privé, 4ème éd., Paris : Puf, 1964, n°25, p. 79, note 2 (sous Post glose (de l'art. 544), lettre f) : « Se dire propriétaire d'une créance (…) n'est pas d'une langue juridique correcte ».

personnalité juridique. C'est donc là qu'est la pomme de discorde d'avec l'analyse germaniste. La créance ne peut pas demeurer commune, car aucune entité ne peut en être la créancière.

**519.** DIVISION DE LA CREANCE ENTRE LES INDIVISAIRES. — Aussitôt liquidée, dans un second temps la créance de l'indivision se divise donc entre tous les indivisaires, indivisaire débiteur y compris, au prorata des droits de chacun sur le tout. Par conséquent, la créance de contribution entre à l'actif du compte de l'indivisaire responsable, à proportion de la part idéale que sa vocation lui donne sur la succession. De la sorte, pour cette portion sa dette s'éteint par confusion, en vertu de son imputation sur sa créance. Cette dernière subsiste pour le reste, en faveur de ses coïndivisaires, chacun pour sa part. L'indivisaire responsable est dans un rapport obligatoire personnel avec son ou ses co-indivisaires. Nous allons voir que l'on aboutit au même point lorsque l'on emprunte la comptabilité réaliste.

**520.** SORT ULTERIEUR DES OBLIGATIONS ENTRE COPARTAGEANTS. — Mais ici, à la différence de ce qui se produit dans l'analyse classique du partage-expropriation, la division au prorata des parts signifie que les créances n'entrent pas en compte pour l'évaluation de la masse destinée à la liquidation des parts idéales. La nuance est de taille. Cette branche erronée, de notre point de vue, de l'analyse classique, ne conçoit pas l'idée d'un rapport fictif. Ecartées de la masse partageable, les créances de réparation ne font donc pas l'objet d'attributions et

elles n'entrent ensuite évidemment pas plus dans la composition des lots. La créance de contribution aux pertes est nettement désolidarisée des opérations du partage, que sont l'évaluation de la masse, le calcul des parts idéales, la composition et l'attribution des lots. Néanmoins le partage ne se termine pas ainsi, et elles lui sont intégrées autrement, mais la suite des opérations concerne le règlement de la créance[11]. Et c'est d'ailleurs un sujet classique de dispute, interne à cette doctrine, que de savoir si le calcul et le règlement de la créance font, ou non, partie du partage.

## B) Le rapport selon la comptabilité réaliste et la théorie classique du partage-expropriation

**521.** **INTRODUCTION A L'ANALYSE DE L'OPERATION. —** Nous pensons qu'il y a une manière plus précise et plus juste de comprendre le rapport en valeur, manière qui fasse l'économie d'une fiction de personne. La comptabilité réaliste du partage nous permet de dire que seuls peuvent être les créanciers du débiteur du rapport ses coïndivisaires, pris personnellement. Si notre analyse est juste, cela signifie que la personne, en l'occurrence de la théorie du rapport successoral, n'est que pure construction doctrinale. Le mode de comput que nous allons voir, propre à la conception classique du partage-expropriation, n'est absolument pas

[11] A ce stade, la vision que la doctrine du partage cession a développé du rapport semblerait s'adapter parfaitement au cas de l'héritier débiteur du défunt. Cependant, avec le rapport, le *de cujus* ne fournit pas, comme pour les créances successorales, d'entité à laquelle la créance puisse être imputée. En outre, les créances successorales ne sont précisément pas, d'après les principes que nous défendons, sujettes au rapport.

passé en doctrine[12]. Il repose sur deux idées : la répartition de la créance entre les indivisaires appauvris au prorata de leurs droits, et l'intégration de ses obligations aux comptes de partage.

**522.** **REPARTITION DE LA CREANCE ENTRE LES INDIVISAIRES APPAUVRIS. —** La répartition du dommage au prorata des droits de chacun est juste. Il est certain que si l'appauvrissement avait été le fruit du hasard et du mauvais sort, le risque, qui s'est réalisé, aurait été assumé dans ces mêmes proportions par tous les propriétaires. Pothier prenait l'exemple de la crue de la rivière qui emporte des terres, de l'inondation qui les ensable, des grands vents qui abattent les arbres ou de l'incendie qui les consumme[13]. Le bien, en ce cas, présent en nature dans la masse indivise, a certes perdu de sa valeur, mais il est rapporté en l'état. Il entre dans la composition de la masse pour sa valeur au jour du partage. La perte de valeur ne sera pas comptée, de telle sorte qu'elle se répartira entre les indivisaires au prorata de la part de chacun[14]. Et si le bien a entièrement disparu, la masse partageable n'en tient simplement aucun compte[15].

[12] Nous n'avons pas procédé à une étude systématique de tous les arrêts, ni de tous les auteurs. La conception classique est certainement absente des traités et articles du XX[ème] siècle. Nous n'en avons pas trouvé trace au XIX[ème], et peut-être est-elle chez Pothier. Une étude sérieuse de cette question ne consistera pas à passer en revue les auteurs et la jurisprudence des XIX et XXèmes, pas plus que des XVII et XVIII[èmes]. Ce qui est en cause, c'est l'étude du droit romain, glose et post-glose comprises.

[13] R.-J. Pothier, *op. cit.*, t.8, pp. 173 et s.

[14] V. Affaire Saint-Ruff (Civ. 1[re], 16 juill. 1968 ; *JCP* 1969.II.15833, note Dagot).

[15] Dans l'affaire Brisset (Civ. 1[re], 9 mai 1978, premier moyen, *JCP* 1979.II.19257, note Dagot) le dilemme était de savoir si la perte devait ou non être imputée à un indivisaire ; la cour de cassation énonce que « le partage ne peut porter que sur les biens qui existent encore à la date de cette opération », lorsque le pourvoi énonçait que « la disparition d'un élément d'actif au cours de l'indivision serait sans influence sur la composition de la masse à partager et devrait simplement entraîner un règlement spécial entre cohéritiers ». Cf. affaire Mulle, (Civ., 11 janv. 1937 ; *S.* 1938.1.377, note H. Battifol ; *D.H.* 1937.101 ; *Rtd civ.* 1937.404 obs. R. Savatier ; *Gaz.Pal.* 1937.1.521 ; *Rép. gén. du not.* 1937, art. 24 867).

**523.** SPECIFICITE DU REGIME DE LA REPARATION. — Lorsqu'il y a un responsable, toute répartition de la créance de réparation autre qu'au prorata des parts ne serait donc pas juste. Il ne serait pas juste, en particulier, de ne l'attribuer qu'à l'attributaire du bien qui a perdu de la valeur[16]. Ce serait en règle générale une mauvaise solution, parce que ce serait faire peser sur ses seules épaules la charge du risque de l'insolvabilité du débiteur[17]. Il faut soigneusement distinguer la matière des faits juridiques, qui nous occupe ici, de celle des créances nées d'un acte juridique, sur lesquelles nous ne revenons pas, et dont le sort dépend effectivement de l'indivisaire attributaire du bien. Un bien vendu par un indivisaire doit revenir en nature dans la masse, tandis que la valeur perdue ne peut plus revenir autrement que par le paiement d'une obligation. Il y a donc une désolidarisation nécessaire du sort du bien et de celui de la valeur perdue, source de la créance de réparation. De la sorte le risque d'insolvabilité du responsable se partage équitablement entre les indivisaires, et l'attributaire du bien le reçoit franc et quitte.

**524.** INTEGRATION DES OBLIGATIONS AU PARTAGE. — Mais il convient aussi, et c'est la seconde idée, d'intégrer la créance de réparation au partage. Lorsque la perte est imputable à un indivisaire, si l'on n'en tient pas compte pour l'évaluation de la masse destinée au calcul des parts idéales, l'on cours le risque de briser

[16] Peut-être était-ce, dans une affaire Czelaga, l'idée de l'arrêt Colmar, 21 juin 1978, cassé par Civ. 1re, 15 avril 1980, *D.* 1981.101, note Breton. V. aussi le partage des charges de gestion dans l'affaire Lacombe, Civ. 1re, 23 juin 1964, *JCP* 1964.II.13819, note Patarin.
[17] Hormis le cas où le débiteur de la réparation serait précisément l'attributaire du bien, car il s'opérerait alors une extinction complète de l'obligation par confusion, et il n'y aurait pas de réparation.

l'égalité du partage. En effet, la masse partageable serait de moindre valeur, moindre aussi la valeur de la part idéale et du lot de chacun, et d'autant plus grande la part prise par l'indivisaire débiteur sur l'indivision. Ce serait injuste, quelle que soit par ailleurs la répartition des créances. Que le débiteur ne paie pas, et le profit lui resterait. Lorsque la perte de valeur du bien aurait eu pour contrepartie un gain de l'indivisaire, celui-ci verrait sa part s'accroitre d'autant, et lorsque il y aurait pure perte, l'indivisaire gagnerait de ne pas réparer. Et en toute occurrence également le ou les créanciers de la réparation perdraient la garantie que peut représenter pour eux l'intégration de l'obligation au partage. Garantie justifiée, dans la mesure où un bien indivis est en cause. Quoi qu'il en soit, en tout cas pour éviter l'injustice il faut donc, lors de l'évaluation de la masse partageable, tenir compte au débiteur de la réparation.

**525.** **COMPTABILITE DES OBLIGATIONS ENTRE INDIVISAIRES.** — Le bien en cause, présent en nature, est pris en compte pour sa valeur au jour du partage. La perte de valeur a sa date propre, antérieure au partage. Elle lui est néanmoins intégrée. Les obligations entre indivisaires sont prises en compte par les comptes de partage en vertu d'un mouvement comptable fictif qui précède les attributions de biens en nature. Ce mouvement comprend deux temps, celui d'un rapport fictif, et celui d'une attribution fictive.

**526.** **1° RAPPORT FICTIF DE LA VALEUR PERDUE.** — Dans un premier temps, l'indivisaire responsable rapporte la somme manquante et l'intègre à la masse.

C'est-à-dire que l'actif des comptes des copartageants comprend la valeur que le bien a perdu (ou qu'il aurait dû gagner), chacun pour sa part. Si, pour deux indivisiaires, la perte est de dix-huit, c'est cette somme qui est rapportée, s'ils sont trois et que la perte est de neuf, de même. Le rapport fictif de la part perdue sert à la réparation de la masse et au calcul des parts idéales de chacun. A ce stade la masse partageable reconstituée est plus large que la masse indivise, pour une portion fictive. Ce n'est que le premier temps du mouvement.

**527.** **DISTINCTION DE LA VALEUR DU BIEN PERDUE ET DE LA CREANCE DE REPARATION. —** Précisons qu'à ce stade, ce n'est pas d'une créance qu'il s'agit, mais d'une valeur censée être représentative de la chose même. Le rapport en nature est le meilleur modèle du rapport fictif de la portion perdue. Lorsqu'un indivisaire est réellement tenu de rapporter un effet successoral en nature, et de le placer dans la masse en formation afin que le partage dise à qui il sera attribué, l'on ne peut pas dire qu'il obéisse à une obligation au sens strict du terme. Le rapport fictif obéit à la même logique que le rapport en nature. L'obligation de rapporter fictivement une valeur n'est pas ici une dette au sens technique, et aucune créance n'y correspond corrélativement.

**528.** **2° ATTRIBUTION FICTIVE DE LA VALEUR RAPPORTEE. —** Dans un second temps tout le calcul comptable qui a lieu se fait à l'image de l'attribution d'un lot. Et rappelons que lors du partage, la cause déterminante de l'obligation entre

indivisaires ne tenait pas tant à l'enrichissement de l'attributaire du bien, qu'à l'appauvrissement corrélatif de ceux qui en étaient privés[18].

**529.** **GENERATION DE LA DETTE DU RESPONSABLE.** — L'on considère que l'effet censé être présent dans la masse est attribué précisément à celui qui l'a rapporté. L'on attribue donc fictivement la valeur perdue au responsable de cette perte. C'est ce qui génère sa dette, ou, plus précisément, c'est ce qui intégre la cause de sa dette au partage. Précisons que ce n'est pas une créance qui est attribuée au successeur, mais la valeur fictivement rapportée. Lorsqu'un indivisaire est la source d'une diminution de valeur d'un bien commun (peu importe qu'il s'enrichisse corrélativement), tous les indivisaires, lui y compris, perdent, avec cette valeur, leur vocation à en être attributaire le jour du partage. L'idée est que la valeur perdue ne rentrera plus en nature dans la masse. Les choses se passent comme si la valeur perdue avait été d'ores et déjà prise dans la masse, d'avance sur le partage, par le responsable de la perte. Autrement dit, les pertes de valeur, lorsqu'elles sont imputables à un indivisaire, s'analysent comme des anticipations partielles sur le partage final, de telle sorte que, dans le cadre de la logique classique du partage, le sort de la créance et le rapport fictif s'expliquent de manière cohérente. De la sorte, l'indivisaire responsable assume la perte de valeur du bien commun comme s'il s'était vu attribuer celle-ci, par une

[18] Cf. *supra* n°292 et 406.

anticipation sur le partage, dont il est tenu compte et qui est validée lors de ce même partage.

**530.** LA PERTE, LA VALEUR FICTIVE, L'OBLIGATION ENTRE INDIVISAIRES. — Cette attribution explique l'appauvrissement corrélatif des indivisaires et la génération corrélative des obligations entre indivisaires, *au prorata de leurs parts*. L'objet de cette dette, envers l'indivision *lato sensu*, c'est la part ou ce sont les parts du bien rapporté puis attribué fictivement. Concernant la génération et la répartition de la créance de réparation, la matière se met donc en ordre selon la même logique que le partage. En vérité, il en va ici, comme nous l'avons dit, à plusieurs reprises, de l'examen de toute question relative à l'indivision : il est nécessaire d'analyser les choses du point de vue de chaque indivisaire. Le responsable cause un dommage à sa propre chose, et de ce point de vue il est quitte. Tandis qu'il convient de considérer qu'en outre il porte simultanément atteinte aux patrimoines de tous ses coïndivisaires, et de leur point de vue il s'agit d'un appauvrissement qui appel une contrepartie.

**531.** ILLUSTRATION. — Et l'on inscrit au passif du compte de l'indivisaire responsable une dette qui répond à la créance inscrite à l'actif du compte de chaque indivisaire appauvris au prorata de la part que lui donne sa vocation successorale sur le tout et sur la valeur de la perte. Pour deux indivisaires, dans l'exemple que nous donnions, si Primus détruit la moitié de la masse indivise, soit dix huit, il s'endette de neuf envers Secondus. Lorsque nous aurions trois

indivisaires, pour une perte de douze, le total des dettes de Primus serait de quatre, les deux tiers du bien, tandis que l'appauvrissement de Secondus serait d'un tiers, soit huit et celui de Tertius d'un tiers aussi. D'une certaine manière, la créance réparatrice de la perte se divise entre les coïndivisaires à proportion de leurs vocations respectives.

**532.** **MONTANT DE LA PERTE ET MONTANT DE LA DETTE DE REPARATION. —** Il ne faut donc pas confondre la somme que le responsable doit à chacun de ses copartageants et le montant de la perte. Lorsque la relation a lieu entre deux personnes, reconstitution du bien et créance de réparation sont confondues. Le montant de l'obligation égale celui de la perte. Mais en matière d'indivision un tel calcul est interdit par la théorie de la personne. Parce que la créance ne peut pas être commune. La valeur de l'obligation, entre deux indivisaires, ou des obligations, s'ils sont plusieurs, ne peut pas correspondre à la valeur de la perte pour la masse partageable. L'indivisaire fait perdre une certaine somme à la masse indivise. Mais ce n'est pas l'indivision, entité personnifiée, qui subit un dommage, mais chaque indivisaire, égoïstement, pour sa part.

**533.** **LE DOUBLE SENS DE L'OBLIGATION AU RAPPORT. —** Néanmoins les deux éléments sont corrélatifs. Intégrer au partage des obligations entre indivisaires *suppose* qu'une valeur a été attribuée, lors du partage. Ce faisant l'opération procéde *comme si* cette chose avait été présente dans la masse partageable. L'on considére par fiction que la valeur a été rapportée par l'indivisaire avant de lui

être attribuée. Ici, au lieu que l'attribution ait des obligations pour contrepartie, c'est de la contrepartie que l'on peut induire l'attribution. L'on peut ainsi clairement distinguer une obligation au sens large, en quoi consiste le devoir où est placé l'intéressé de rapporter fictivement la valeur de ce qu'il a pris à l'indivision, et une obligation au sens technique, qui est à la charge de celui qui effectue son rapport et au bénéfice de son ou de ses coïndivisaires[19]. La distinction de la réparation de la masse de partage, et de la créance de réparation entre indivisaires, est spécifique de cette version de la conception classique, et ne se retrouve pas plus dans l'autre version que chez les germanistes.

**534.** **LE RESPONSABLE DE LA PERTE ETRANGER A L'INDIVISION. —** Lorsque le responsable de la perte de valeur n'est pas membre de l'indivision la logique de la répartition de la créance reste la même. La division *ipso iure* est la répartition

[19] *Lorsqu'un ou plusieurs héritiers ont droit au rapport, est-ce qu'il y a une obligation civile entre un créancier et un débiteur du rapport* ? La problématique de l'arrêt Rolland est au cœur de cette question. Il y a une nuance dans l'obligation de rapporter ; cf. 4ème attendu, cour d'appel, et 7ème attendu arrêt de rejet : « celui qui est soumis à rapporter n'est proprement débiteur (l'on peut comprendre ici qu'il ne s'agit pas d'une obligation au sens technique) que de *la masse* (nous soulignons) de la succession, et que, si ses cohéritiers ont le droit d'exiger que le rapport soit fait, c'est à titre de copartageants, afin de reconstituer l'hérédité à partager ». Et l'action véritable ne devrait pas plus être dirigée contre la masse. Ici l'arrêt Rolland s'explique par le rapport : « ils (les cohéritiers) ne sont *donc* (nous soulignons) pas investis d'une créance directe et personnelle sur leurs cohéritiers ». Dans l'affaire Chollet (cf. aussi Frécon, note additionnelle en annexe), Amicie et Louis étaient donc très bien directement créanciers de P.-X. D., à cause du rapport auquel il était tenu (v. n°348). Formules toujours ambiguës, à cause des termes, et des notions, de *succession* et de *masse*. Ici nous tombons d'accord avec cette vision du rapport en nature, modèle du rapport fictif : Lyon, 29 mars 1905 : il n'est question que de la relation avec la masse *res, ut universi* : « Paul Dumoulin, débiteur envers la succession de sommes considérables, était tenu de rapporter ces sommes à la masse (c. civ. 829), et que, ce rapport n'étant pas effectué, les cohéritiers à qui il était dû étaient autorisés à prélever une portion égale sur l'actif successoral (c. civ. 830). Variante : Cour de Besançon, 15 nov. 1901 : idée que le prix est échu pour sa part à Paul-Xavier, mais que pour l'attribution subséquente de ce prix, Chollet est en concours avec la masse (cf. formule, n°547 et théorie classique n°603) créancière de Paul-Xavier, à cause du rapport et que dans ce concours la préférence doit aller au créancier du rapport (distinct avec *supra* n°491 s.). Cf. n°589. Id. pour formule de Ch. réun., cf. n°188.

la plus équitable de la charge du risque d'insolvabilité du débiteur. Il se trouve simplement que les raisons d'une intégration de la créance à la masse partageable ne valent plus pour l'étranger. Bien mieux, il y a une raison spécifique qui interdit cette entrée en compte. C'est que le paiement de la dette ne peut pas être soumis à la perpétuation de l'indivision. Et ici il ne faudrait pas faire dépendre du partage l'identité exacte de son créancier, et les proportions pour lesquelles il est débiteur. Le paiement de la dette, qui ne peut pas être repoussé au partage, ne peut pas, pour sa validité, être lié aux aléas du partage. Et pour l'étranger il y a, puisqu'elle est extérieure au partage, une raison supplémentaire pour la division de la créance au prorata des parts, qui tient à ce que toute autre répartition signifierait que le débiteur, en payant, rompt l'équilibre existant entre les indivisaires. Elle se divise donc, *dès sa naissance*, entre les indivisaires, au prorata des droits de chacun (ici le montant des dettes, et la somme des créances, égalent la perte).

**535.** **GEL DE L'OBLIGATION ENTRE INDIVISAIRES.** — En comparaison du cas du débiteur étranger, il se produit alors un effet spécifique lorsque c'est un indivisaire le responsable, c'est que les indivisaires ne peuvent pas exiger leur créance sans en passer par le partage, par ses évaluations et par sa comptabilité. Mais cette inégalité de traitement peut très facilement être comblée : il n'est que de demander le partage[20].

[20] On comprend ici quelles injustices peuvent introduire les maintiens forcés, totaux ou partiels, dans l'indivision.

Nous allons conserver le cadre de ce dernier modèle d'analyse pour envisager le rapport en valeur des biens accaparés avant le partage.

## § 2
## *L'appauvrissement de l'indivision corrélatif d'un enrichissement du débiteur de la réparation*

**536.** **PARTAGE DES BIENS PRESENTS EN NATURE ET RAPPORT DES BIENS EN VALEUR. —** Il est des biens qui sortent de l'indivision au profit d'un indivisaire avant le partage, mais qui y sont rapportés en valeur. Leur régime prend modèle sur celui de l'attribution des biens présents en nature lors du partage. Et rappelons que l'allotissement s'analyse, du point de vue de tous ceux qui voient le lot leur échapper, comme une perte de la propriété, perte que contrebalance une obligation. De même ici, sauf que le processus se produit une première fois réellement, lors de l'accaparement du bien qui anticipe sur le jour du partage, et il se répète une seconde fois fictivement, le jour du partage précisément, lors de la prise en compte de l'anticipation, c'est le rapport en valeur.

### A) Anticipation réelle sur le partage

Nous distinguerons les causes naturelles d'anticipation sur le partage de celle qui résulte de cette disposition purement positive qui permet à certains créanciers de poursuivre un bien indivis.

**1)** ***Causes naturelles d'anticipations***

**537.** BIENS ABSENTS DE LA MASSE INDIVISE. — En principe les biens successoraux sont présents en nature dans la masse le jour du partage et ne sortent de l'indivision qu'à ce moment-là. Mais il y a des biens qui, en réalité, ne peuvent pas demeurer en indivision, il en sortent forcément, à une date qui précède le partage, au profit d'un indivisaire. Il est même des biens qui sont accaparés en exclusivité par l'un des indivisaires sans pouvoir entrer en indivision.

**538.** LES BIENS FONGIBLES. — Ces accaparements ont des causes diverses, qui tiennent d'abord à la force des choses. Leur étude détaillée relèverait du droit des biens en général et nous nous contenterons d'en donner la liste[21]. Ce sont particulièrement les meubles qui sont concernés. Et d'abord les biens fongibles. Il est difficile d'imaginer d'un bien fongible qu'il fasse longtemps l'objet d'une détention commune[22]. Sa détention exclusive a pour effet de le faire sortir de l'indivision. Le détenteur devient par le fait même propriétaire exclusif d'un bien

[21] Aubry et Rau, *op. cit.*, § 627, p. 605 parlent d'« objets héréditaires qu'ils se seraient appropriés » et l'on trouve, dans Req., 12 juill. 1916, la formule suivante : « conservation, par un héritier, d'objets héréditaires ».

[22] Voir Civ., 15 fév. 1865, affaire Brouillet ; dès l'ouverture de la succession un indivisaire avait pris possession du mobilier successoral, estimé à 20 000 fr ; la Cour de cassation estima que la somme en question « constituait le montant du rapport à faire » et invoquait ce faisant l'art. 828 qui « porte que préalablement à la formation de la masse à partager et à la composition des lots, on doit procéder aux comptes de ce que les *copartageants* peuvent *se* devoir ». Je souligne, car la formule est exacte, si l'on distingue bien le montant fictivement rapporté et les dettes entre indivisaire. En revanche, le trop célèbre arrêt de la même Cour, en date du 9 fév. 1887 comporte une nouvelle formulation (sous l'influence de qui ? Troplong ?) qui laisse entendre que la masse est une personne : « préalablement à la formation de la masse commune à partager, il doit être procédé au règlement de la situation de chacun des copartageants et au compte de ce qu'ils peuvent réciproquement devoir à la masse ». Formule malheureuse qui se retrouve, elle ou ses équivalents, dans les arrêts subséquents qui s'efforcent d'ailleurs de préciser de quelles obligations il peut bien s'agir. Voir par ex. Req., 23 avril 1898 (Guesné) : la Cour parlait de « dettes dont les cohéritiers peuvent être tenus envers la succession », ce qui fait reposer tout le problème sur la compréhension de ce dernier terme. Voir aussi le cas de l'arrêt Cerf-Marchand, Civ., 8 fév. 1882 (*S.* 1882.1.224 - arrêt cité par le défendeur au pourvoi dans l'affaire *Sommier*).

dont il était auparavant propriétaire indivis. Ses coïndivisaires, parce qu'il n'ont pas la détention du bien, en perdent la propriété. Le bien sort de l'indivision[23]. Ce n'est pas que l'indivisaire qui le détient ne pourrait matériellement pas le restituer en nature le jour du partage. C'est juridiquement qu'il ne le peut plus. Ce qui, certes, n'interdit pas que le rapport en valeur se résolve en nature. Mais voudrait-il le restituer en nature qu'il lui faudrait compter avec ses créanciers personnels. Car le bien fongible fait partie du patrimoine de leur débiteur, il est entré dans leur gage. Mentionnons enfin que la loi de 1976 a prévu "l'avance en capital sur les fonds disponibles"[24]. Mais lorsqu'il s'agit d'argent ou de titres au porteur[25], il va de soi, là encore, que leur seule détention revient à les faire sortir de l'indivision.

**539.** **LES BIENS CONSOMPTIBLES.** — Le même effet peut se produire, indépendamment de la nature fongible du bien, pour un corps certain ou une chose de genre individualisée, à cause de son caractère *conssomptible*. L'indivisaire qui consomme le bien l'accapare par le fait même.

**540.** **EFFET DE LA POSSESSION.** — Mais les règles de la possession peuvent toucher toutes les catégories de meubles, et même les immeubles, en matière

[23] C'est cette manière de voir le sort des meubles qui nous fait regarder comme inutile la disposition prise par la loi du 23 juin 2006, C. civ., art.815-3, 3°.
[24] Art. 815-11. M. Dagot, *op. cit.*, n°321-328 ; n°321 : « l'idée seulement que l'un des indivisaires puisse obtenir une avance sur sa part pouvait apparaître comme une véritable hérésie, à repousser immédiatement. » ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n°34, p. 669 : « L'article 815-11 énonce, par exemple, que le président du tribunal de grande instance peut ordonner, dans la mesure où il existe des fonds disponibles, une avance en capital sur les droits de l'indivisaire dans le partage. »
[25] Il ne faut pas confondre ce dernier cas avec la perception du paiement d'une créance due par un tiers.

d'aliénation. Et l'on aboutira à une sortie de l'indivision, si l'on considère que le tiers est l'acquéreur *a non domino*, l'indivisaire *vendeur* le détenteur, enfin l'indivisaire non consentant le *verus dominus* dépossédé. Certes, il faut supposer que l'acquéreur était de bonne foi et ignorait la nature indivise du bien. Il faut considérer que l'indivisaire est détenteur à juste titre (puisqu'en réalité il est propriétaire). En fait de meuble, la possession vaut titre, et l'acquéreur restera définitivement propriétaire du bien. En l'occurrence il n'y aura pas à distinguer le cas du détenteur qui usurpe la possession[26]. Les règles des articles 2279 et 2280 al. 1er du Code civil ont donc pour effet de faire sortir le bien de l'indivision, sauf le recours des indivisaires non consentants contre celui ou ceux qui ont aliéné le bien. Et ces règles peuvent valoir même pour un immeuble, puisque l'acquéreur *a non domino* devient définitivement propriétaire s'il est de bonne foi et si le *verus dominus* ne revendique pas le bien dans les dix ans ou dans les vingt ans (selon l'article 2265)[27].

**541.** **JEU DES REGLES DE L'ACCESSION. —** Les règles de l'accession peuvent entrainer également l'enrichissement personnel d'un indivisaire au détriment de l'indivision (art. 547 s. et 577 C. civ.).

**542.** **PROPRIETE DU BIEN ET OBLIGATION ENTRE INDIVISAIRES. —** En de tels cas les risques sont à la charge exclusive de leur unique propriétaire. Et l'accaparement

[26] L'indivisaire qui usurpe la possession recouvrirait l'hypothèse du recel successoral. Toujours est-il qu'au delà de trois ans le bien sera définitivement acquis à l'acheteur. Les indivisaires non consentants auront eu trois ans pour revendiquer le bien et en ce cas, distinction supplémentaire, ils auront dû rembourser le prix au sous-acquéreur si celui-ci l'a acquis d'un indivisaires marchand. Art. 2280 C. civ.
[27] Nous nous demandons quel est le cas que vise le nouvel art. 816 du C. civ.

génère en contrepartie une obligation, que ce soit une indemnité, une action récursoire ou un prix. Avec cette logique des choses qui s'oppose à celle que nous avons vu jusqu'à présent être le principe, l'on touche à la vieille opposition, qui parcours le droit civil, depuis la tutelle et la dot jusqu'au contrat de prêt, entre la propriété et l'obligation. "Estimation vaut vente" dit-on en certaines matières pour transférer, avec la propriété d'un bien, les risques, à charges d'obligation[28]. Sur le sujet, les belles pages de Ihering demeurent les plus dignes de la célébrité[29].

**543.** LE BIEN EST APPROPRIE EN EXCLUSIVITE. — Le bien est donc la propriété exclusive de l'attributaire. Comme l'acte sera répété lors du partage, cela signifie que tous les actes qu'il a effectués relativement au bien, depuis l'ouverture de la succession, sont validés. Et ceux qu'il effectuera à l'avenir ne posent aucune difficulté. C'est ainsi que toute opération qui affecte un bien indivis antérieurement au partage ne voit pas son efficacité suspendue au fait que le bien qui en a été l'objet tombe ce jour-là précisément au lot de l'auteur de l'acte. Quant à ses créanciers, personnels ou sucessoraux, ils peuvent considérer que le bien est entré dans leur gage. Ils peuvent le saisir sans que soit violé le principe qui veut qu'un bien indivis ne puisse servir au paiement d'un créancier.

[28] H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain, II Adages, A à L*, Lyon : L'Hermès, 1978, n°89, pp. 284-286.
[29] Nous n'ignorons par que certains remettent en question le *hiatus* entre droit réel et droit personnel (v. *supra* n°67).

**2) *Cause positive d'anticipation***

**544.** **ADJUDICATION SUR POURSUITES DU CREANCIER SUCCESSORAL. —** C'est donc ici que sont concernées les adjudications prononcées sur les poursuites du créancier successoral. Nous ne voulons pas parler des actes, valables avant le partage, mais dont l'auteur reste encore indéterminé. Une licitation effectuée préalablement au partage est un acte dont il est certain qu'il sera valide, sans que l'on sache encore qui en est l'auteur. L'acheteur est propriétaire du bien et débiteur du prix, mais le créancier reste indéterminé parce que l'indivisaire attributaire du bien est incertain. Par conséquent, en ce cas les créanciers des indivisaires doivent encore attendre le partage.

**545.** **JUSTIFICATION, INCOMPREHENSION OU ANALYSE CRITIQUE DE CETTE DISPOSITION. —** L'on sait qu'au contraire, le créancier successoral peut, en droit positif, poursuivre la saisie et la vente d'un immeuble indivis contre l'un quelconque des indivisaires. Nous ne pensons pas que cette disposition soit juste. Mais le défi est de l'analyser dans des termes différents de ceux de la théorie germaniste (qui la justifie) ou même du partage-cession (qui n'en rend pas parfaitement compte[30]).

**546.** **L'INDIVISAIRE POURSUIVI EST ATTRIBUTAIRE DU BIEN SAISI. —** Or, précisément, l'adjudication prononcée sur les poursuites du créancier successoral nous semble avoir ceci de particulier, au regard des licitations-partage, que la créance de prix de vente est attribuée, avant le partage, à l'indivisaire poursuivi. C'est ce qui

[30] Cf. *supra* n°375.

explique que l'adjudicataire, débiteur du prix de vente, doive payer le créancier successoral, sans que ce dernier n'ait eu à poursuivre tous les indivisaires, mais un seul, en son nom propre. La saisie a pour effet d'attribuer le bien à l'indivisaire poursuivi, par anticipation sur le partage, ce qui génère à sa charge une dette, à cause de l'attribution, envers ses coïndivisaires. La vente du bien qui désormais est sorti de l'indivision, et qui lui appartient, génère à son actif la créance de prix, puisqu'il est le seul auteur de la licitation. Et le créancier successoral, en vertu de son privilège, est payé avant tous les créanciers personnels de l'héritier. L'adjudicataire paie donc, au créancier successoral poursuivant, sa dette envers l'indivisaire attributaire du bien. Ce dernier demeure débiteur envers ses coïndivisaires. Les dispositions actuelles de l'article 815-17 ne font donc qu'étendre le champs d'application du rapport en valeur.

Quelle que soit la cause, naturelle ou positive, de l'anticipation sur le partage[31], l'acte, selon la conception classique que nous défendons, doit faire l'objet d'une répétition fictive et d'une représentation lors du partage.

### B) Répétition fictive de l'accaparement

**547.** ENTREE EN COMPTE DE LA VALEUR DU BIEN. — Selon la conception que nous défendons, l'acte d'accaparement, antérieur au partage, fait donc l'objet, lors de celui-ci, d'une représentation, sur le même modèle que celui des pertes causées à

[31] Notons que le même effet de sortie de l'indivision peut se produire lorsque c'est un étranger qui s'approprie un bien. En ce cas les choses se déroulent, d'une théorie à l'autre, comme nous l'avons dit précédemment.

l'indivision. Le bien est rapporté en valeur, c'est-à-dire qu'il entre en compte, puis il en ressort pour être attribué.

**548.** COMPARAISON DU RAPPORT EN VALEUR ET DU RAPPORT EN NATURE. — Le bien entre d'abord à l'actif des comptes pour le calcul de l'ensemble de la masse partageable. Notons bien qu'à ce stade et du point de vue comptable, dans le fond, il est peu de différence entre un rapport en nature et un rapport en valeur. C'est certes moins le rapport en nature, que le rapport en valeur qui ici nous intéresse. Mais ils obéissent à la même logique, et l'analyse du rapport en valeur est calquée sur celle du rapport en nature[32]. Pothier fait un traitement contigü du rapport en nature et du rapport en valeur[33]. C'est là une dangeureuse source de confusion et il faut noter rapidement que le rapport en nature se caractérise par deux traits[34]. Le rapport en nature signifie non seulement que le bien est compté pour le calcul de la masse, c'est là le point commun avec le rapport en valeur,

[32] Arrêt Rolland, 8ème attendu : « Mais attendu que celui qui est soumis à rapporter n'est proprement débiteur que de la masse de la succession, et que, si ses cohéritiers ont le droit d'exiger que le rapport soit fait, c'est à titre de copartageants, afin de reconstituer l'hérédité à partager ; qu'ils ne sont donc pas investis d'une créance directe et personnelle sur leurs cohéritiers, et que, dès lors, ils ne sont pas compris parmi les créanciers de l'héritier au sens où l'ont entendu les art. 878 et 2111, précités ». Remarquons, d'abord : 1° les expressions nuancées, au début (*proprement* débiteur) et à la fin (créanciers *au sens où…*) de la formule. 2° l'usage de notions difficiles : « la masse », avoir un droit « à titre de » quelque chose (cf. GA note p.965 : « cohéritiers ont droit à ce rapport en qualité de copartageants »), une créance « directe et personnelle ». Relevons, ensuite, que la formule serait, selon nous, valable pour le rapport en nature, et elle peut se comprendre pour la même « obligation », (dédoublée, cf. n°533, la logique de l'obligation) *fictivement* (cf. n°547, rapport en nature et en valeur). Comprise en ce sens, elle exprime très justement que les cohéritiers n'ont pas une créance directe et personnelle contre l'un d'eux, mais la masse non plus. Cf. n°589.

[33] Lorsqu'il veut caractériser le rapport en valeur, en effet, il parle ainsi: « auparavant que de partager les biens de la succession, les copartageants qui sont obligés à quelques rapports, doivent le faire en faisant ajouter réellement, ou par fiction, les choses qu'ils sont tenus de rapporter à la masse des biens de la succession qui doivent être partagés », R.-J. Pothier, *op. cit.*, t.8, p. 155 (il reprend en réalité la coutume d'Orléans, art. 306, qu'il cite ensuite [t.8, p. 170], et commente [t.8, p. 177] et dont le texte mérite l'attention : « Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés en sa possession, il est tenu de les rapporter en essence et espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté ».

[34] Cf. *supra* n°379, 526 et 527.

mais surtout, et cela lui est en revanche spécifique, que, le partage consommé, l'indivisaire qui a perdu par le partage la propriété des biens restés en sa possession doit les restituer en nature à celui au lot duquel ils sont tombés.

**549.** L'OBLIGATION DE RAPPORTER EN NATURE ET LA PROPRIETE DU BIEN. — Ce dernier trait nous est apparu dès l'abord du principe dévestitif du partage. Dire que tout partage suppose des indivisaires qu'ils rapportent en nature le jour du partage les biens communs qu'ils ont en mains, c'est dire que l'attributaire du bien a une action *ad rem*, opposable *erga omnes*, pour récupérer son bien. Jusqu'au partage la détention exclusive par l'un des indivisaires des immeubles, des corps certains et des biens nettement individualisés, ne fait pas perdre aux autres leur propriété du bien. Le bien n'est pas sorti de l'indivision. Par conséquent, l'indivisaire détenteur privé de la propriété est tenu, à l'égard de son copartageant propriétaire, d'une restitution en nature. L'obligation de rapporter le bien à laquelle il est tenu en ce cas n'est pas une obligation au sens strict du droit civil, elle s'oppose même fondamentalement à elle, puisqu'il est susceptible d'une action en revendication et pas d'une action en paiement. Il n'y a pas plus de dette à son passif qu'il n'y a de créance à l'actif du propriétaire du bien qui exige le rapport en vertu de son droit réel. Lorsqu'un indivisaire détient un bien indivis il est naturel qu'il le restitue le jour du partage, afin que le partage dise qui en sera l'exclusif propriétaire. Tout cet aspect est évidemment absent du rapport en valeur.

**550.** **Evaluation de la masse partageable.** — En revanche, dans l'entrée en compte des biens, rapport en nature et rapport en valeur se rejoignent. Il a été reconnu de longue date en jurisprudence que le rapport ainsi largement compris était inhérent au partage[35]. En ce sens la question du rapport est au cœur du partage. Lorsque l'on inventorie les éléments qui composent la masse partageable, l'on enregistre tant les biens rapportables en nature que ceux que l'indivisaire a accaparés, et qu'il rapporte pour leur valeur à la date de cet accaparement. Le caractère fictif et symbolique de ce dernier rapport tient à sa nature comptable. Pour l'étude des différentes théories dont il est susceptible nous n'avons qu'à renvoyer au cas précédent des pertes sans contrepartie. La conversion se fait naturellement. Si une perte qui affecte un bien indivis est sujette au rapport en valeur, pour la réparation du bien présent en nature, l'on conçoit facilement que si la proportion de la perte croît jusqu'à comprendre la totalité du bien, celui-ci soit rapporté entièrement en valeur par le responsable. Remarquons simplement que pour une théorie classique à ce stade il n'est pas question d'obligations entre indivisaires au sens strict du terme obligation. La

[35] C'est bien ce second aspect des choses qu'invoque la Cour de cassation - avec “le principe essentiel de l'égalité entre copartageants” (arrêt Cerf-Marchand, Civ., 8 fév. 1882 ; cf. arrêt Lassègue, Civ. 28 janv. 1929, *D.H.* 1929.179). Cela est juste: est en cause rien moins que la *loi*, la *reine* et l'*âme* des partages: l'égalité - lorsqu'elle parle d'une *règle fondamentale* de la matière qui vise à “empêcher qu'aucun (des prétendants droit à une fraction d'une masse commune) ne prenne plus que la part qui doit lui revenir” (arrêt Sommier, Civ., 9 fév. 1887, *D.P.* 87.1.103 ; *S.* 88.1.5, note Labbé, concl. Desjardins ; n° 237 des Grands arrêts de la jurisprudence civile). La logique de ce principe commande, en l'occurrence, lorsque l'héritier se présente au partage, qu'il restitue la partie de la masse qu'il aurait déjà en main propre : “une règle générale de droit et d'équité, qui s'impose à tous les prétendants droit à une fraction d'une masse commune, veut que, pour empêcher qu'aucun d'eux ne prenne plus que la part qui doit lui revenir, s'il arrive qu'un des copartageants ait déjà entre les mains une portion de la masse, il soit tenu de l'y remettre, pour que le tout soit partagé.”

masse des indivisaires n'est créancière, au sens large, que du devoir où est chacun de replacer les choses dans la masse.

**551.** **LE BIEN EST PREALABLEMENT ATTRIBUE A CELUI QUI LE RAPPORTE EN VALEUR. —** Le bien, évalué à la date à laquelle il est en réalité sorti de l'indivision, entre dans les contours de la masse commune. Le bien rapporté en valeur est ensuite attribué à celui qui le rapporte, avant que l'on ne compose puis que l'on attribue les lots. C'est ainsi que l'on tient compte et que l'on valide l'anticipation qui a eu lieu sur le partage, tout en l'y intégrant. Ici le rapport en valeur s'écarte du rapport en nature. Et c'est ainsi que, de manière paradoxale au regard de ce que nous avons dit du partage des biens présents en nature, sont validées, avec la sortie du bien de l'indivision, des opérations effectuées durant la période d'indivision[36].

**552.** **INCIDENTE : LE RAPPORT DES LIBERALITES, EN VALEUR OU EN NATURE. —** L'exposé de ce stade de l'opération du rapport nous donne l'occasion d'aborder la question du rapport des libéralités. L'opposition du rapport en nature et du rapport en valeur s'adapte parfaitement aux donations faites par le défunt à l'héritier et qui sont expréssément rapportables *en nature*[37]. En effet, si c'est

[36] Normalement le rapport en valeur consiste donc à enregistrer au moment du partage des opérations ayant eût lieu par anticipation. Le schéma emprunté par la licitation-partage est seulement similaire du rapport en valeur, et se rapproche plutôt d'un rapport en nature. Car l'attribution du bien n'a lieu que lors du partage.

[37] 1° En principe une donation est un *avancement d'hoirie* (elle est rapportable) ; sauf volonté contraire du *de cujus* (auquel cas c'est un *préciput*). Un legs, au contraire, est préciputaire en principe, mais il peut être stipulé rapportable. 2° Le rapport s'effectue normalement en valeur, mais le *de cujus* peut stipuler expressément qu'il aura lieu en nature, ce qui ne se conçoit bien que pour les donations (v. *infra* note 40 sous n°553). Sur le rapport des libéralités : F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°880-918, pp. 703-731 ; Ph. Malaurie, 4ème éd. avec le concours de P.-J. Claux et N. Gouzigou-Suhas, Paris : Cujas, 1998, pp. 461-481 ; M. Grimaldi, Paris : Litec, 5ème

normalement le bien lui-même qui est rapporté, la force des choses peut conduire à les rapporter en valeur[38], et de toute manière leur rapport en nature ouvre un compte mobilier. Mais il ne faut pas confondre les libéralités rapportables en nature et les libéralités initialement rapportables en valeur. Ces dernières n'obéissent pas à la même logique, *quand bien même l'obligation de les rapporter serait exécutée en nature*. La libéralité rapportable, que ce soit en valeur ou en nature, entre en tous cas dans l'inventaire de la masse partageable et c'est ce en quoi il y a bien rapport. Mais au-delà, en vérité, les deux modalités divergent. La distinction du rapport en valeur et du rapport en nature de la libéralité masque celle, plus radicale et plus profonde, entre maintien ou résolution de la libéralité[39].

**553.** **RAPPORT EN NATURE ET RESOLUTION DES LIBERALITES. —** Lorsque l'on parle d'un rapport initialement prévu en nature l'on entend tout bonnement que la libéralité soit résolue. C'est bien pourquoi en ce cas le gratifié est dans la

éd., 1998, n°662-714, pp. 613-670, 6ème éd., 2001, pp.643-702 ; H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, pp. 783-810 ; C. Demolombe, *op. cit.*, pp. 157-636 ; R.-J. Pothier, *op. cit.*, (§ VII, En quoi consiste l'obligation du rapport ?), pp. 155 et s., spéc. p. 171. A remarquer un changement de présomption opéré par la loi du 23 juin 2006 (comp. C. civ. art. 846 ancien et nouveau, v. aussi la modification de l'art. 852).

[38] M. Grimaldi, *op. cit.*, 5ème éd., p. 660.

[39] Cette opposition entre maintien et résolution touche à un problème fondamental qui remonte à notre ancien droit. Dans certaines coutumes les qualités d'héritier testamentaire et d'héritier *ab intestat* étaient incompatibles, de telle sorte que le choix pour la première excluait la seconde V. E. Lambert, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs. Le droit de succession en France- son fondement, sa nature,* Paris : V. Giard et E. Brière, 1895, § 731, p. 536 : « Dans les coutumes d'égalité et dans les coutumes d'option, le rapport n'était point autre chose que la principale conséquence de l'incompatibilité des qualités. » La complète élucidation de ce problème appartient plus spécialement aux historiens.

position de n'importe quel indivisaire qui a eu en main un bien indivis, et il le rapportera en nature ou en valeur, selon ce dont il s'agit[40].

**554.** **PARTICULARITE DU RAPPORT EN VALEUR DES LIBERALITES.** — Au contraire, lorsque l'on emploie le terme de rapport initial en valeur, l'on entend simplement que le gratifié n'ajoute pas le bénéfice de sa part *ab intestat* à ce qu'il a déjà reçus au titre du don ou du leg. Il peut donc reçevoir un supplément, comme celui qui rapporte en nature, mais, contrairement à celui qui rapporte en nature, il ne peut pas perdre la partie de sa libéralité qui outrepasserait sa part *ab intestat*. Parce qu'il ne les résout pas, le rapport en valeur des libéralités relève donc bien moins de la théorie générale du rapport que leur rapport en nature. C'est spécialement du droit romain que proviendrait la technique du rapport en valeur[41].

[40] Le rapport en nature se conçoit donc moins bien pour les legs, car un legs stipulé rapportable en nature signifierait que la libéralité, qui prend effet au jour de l'ouverture de la succession, serait résolue le jour du partage ; néanmoins il y a là une technique qui permettrait de laisser à un successeur le choix entre conserver son legs (s'il renonce à la succession) et ne prendre part qu'à la succession *ab intestat* (s'il l'accepte) ; cela permet, en outre, en ce dernier cas, de laisser à un indivisaire la jouissance exclusive d'un bien jusqu'au partage.

[41] Le principe, en droit civil, tel que consigné dans la loi des douze tables, est que les héritiers légitimes (*sui heres*) du *pater familas* sont ses enfants, ou, lorsque l'un d'eux est prédécédé, les propres descendants de celui-ci, par souche, à condition toutefois qu'ils aient été encore sous sa puissance au jour du décès. Les héritiers, libérés de cette puissance, accèdent alors à la pleine et entière capacité juridique, et le moment coïncide logiquement avec celui de la succession *ab intestat*. Il faut remarquer qu'ils héritent d'un patrimoine paternel qu'ils ont en partie enrichi de leur industrie et de leur travail. Quant aux fils *émancipés* et aux filles mariées *cum manu*, parce que sortis de sous la puissance du *pater* du vivant de celui-ci, les premiers pour accéder à une pleine personnalité juridique, les secondes pour passer sous puissance d'autrui, ils ne viendront donc plus à la succession des biens paternels. Mais ils sont partis, les premier possiblement avec un pécule, les secondes certainement avec une dot. C'est donc à leur profit que le droit prétorien a instauré l'envoi en possession, fiction consistant à faire comme si l'émancipé et la fille mariée ne l'avaient pas été. Mais l'envoi en possession aurait introduit une inégalité entre les enfants demeurés sous puissance jusqu'au décès de leur auteur et ceux, émancipés, partis avec un pécule ou une dot, sans l'aménagement supplémentaire de la *collatio*, consistant pour les bénéficiaires à rapporter leur dot ou leur pécule afin d'en tenir compte pour le calcul de leur part successorale. Peut-être que la casuistique qui, dans le *Corpus Juris Civilis*, est relative à la collation des émancipés, est le lieu d'élaboration et de légitimation du rapport en valeur des libéralités. Mais le rapport en général, et le rapport en valeur en particulier, ne sont certainement pas, du point de vue rationnel, simplement liés à cette collation des émancipés, ainsi qu'on le croit, car ils sont

**555.** **INTEGRATION AU PARTAGE DES OBLIGATIONS ENTRE INDIVISAIRES. —** L'attribution dégage des obligations entre indivisaires, et en l'occurrence la plus générale c'est ainsi que l'on intégre au partage des obligations entre indivisaires[42]. Et là aussi, puisque c'est l'appauvrissement qui compte, les pertes pour l'indivision *lato sensu* qui ont pour corrélat le gain d'un indivisaire obéissent à la même logique et aux mêmes querelles doctrinales que celles qui n'ont pas de contrepartie.

Mais c'est d'une participation aux gains et aux pertes qu'il s'agit. Et il nous reste à analyser le processus du rapport concernant les appauvrissements qui ont affecté, non plus l'indivision *lato sensu*, mais un indivisaire, pour le profit de l'indivision.

## Section 2
## Les dettes de l'indivision, contreparties de ses gains

**556.** **CRITERE CLASSIQUE DES OBLIGATIONS RAPPORTABLES. —** Nous pouvons discerner une dette de l'indivision *lato sensu*, à cause des pertes supportées par un indivisaire au profit du bien commun. Cette notion se distingue du cas où il s'agit d'un étranger et du cas des dettes du défunt, sur lesquelles, dans un second temps, nous revenons ici.

---

inhérents à l'action en partage des biens indivis. Ils appartiennent à ce titre au plus ancien droit civil.

[42] Nous verrons plus tard comment sont comptés les intérêts de la somme due. Cela dépend de la théorie adoptée. Toujours est-il qu'en principe la créance produit des intérêts (v. l'aff. Brouillet). C. civ. art. 866 (loi 2006).

## § 1
## *Dette de l'indivision* lato sensu *à cause de l'appauvrissement d'un indivisaire*

**557.** ENRICHISSEMENT ET DETTE DE L'INDIVISION. — Le bien a pris de la valeur, ou il n'en a pas perdu comme il aurait pu, mais ce gain, cet enrichissement est dû à un indivisaire. L'indivisaire, quoi qu'il en soit du sort du bien, s'est appauvri à cause de lui[43].

**558.** COMPARAISON ENTRE LES TROIS COURANTS DOCTRINAUX. — Si l'indivision *lato sensu* gagne au détriment d'un indivisaire, elle sera sa débitrice. Il faut seulement noter ici, d'emblée, une différence importante entre la théorie classique du partage expropriation et la conception personnificatrice germaniste. Dans la théorie personnaliste, l'on enregistre au passif de l'indivision une dette qui figure à côté des quotes-parts et des dettes successorales. Quant aux classiques partisans d'une comptabilité personnaliste, il est logique qu'ils analysent les choses, de manière symétrique d'avec les appauvrissements, par la naissance

[43] En règle générale ni les impenses usufruitières et d'entretien, ni les impenses voluptuaires ne sont prises en compte. Les premières sont une charge normale de la jouissance, les secondes sont inutiles: il n'y a pas de raison pour que les indivisaires supportent de pareils frais. En revanche, si cela est possible sans dommage, il est permis à l'indivisaire de soustraire de la chose commune l'accroissement voluptuaire qui est son fait. Lorsqu'une dépense est susceptible d'entrer en compte, la distinction cardinale, pour le calcul de l'obligation le jour du partage est celle, comme dans les matières voisines (régime de communauté, art. 1469 C. civ.), de la dépense faite et du profit subsistant. Il faut considérer d'un côté les frais engagés par l'indivisaire sur ses deniers propres (la dépense faite) de l'autre la valeur du bien au jour du partage ou au jour de sa sortie de l'indivision (le profit subsistant). Si le profit pour l'indivision est finalement supérieur à ce qu'il en a coûté à l'indivisaire, ce sera toujours le coût de la dépense qui comptera. Mais si le profit subsistant est inférieur aux impenses, lorsqu'elles sont seulement *utiles*, l'on ne tient compte que du profit, en revanche les impenses *nécessaires* sont prises en compte quand bien même le profit subsistant leur serait finalement inférieur (cf. affaire Bergeyron, Civ., 11 mars 1891, *DP* 1891.1.295). Art. 815-8 et –13 C. civ. R.-J. Pothier, *op. cit.*, p. 172 ; M. Dagot, *op. cit.*, 1977, n°341 (conservation nécessaire) ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n°34, p. 669 ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 697, qui y voient une créance de l'indivisaire sur la succession ; J. Flour et H. Souleau, *op. cit.*, p. 274 ; A. Sériaux, *op. cit.*, p. 324.

d'une dette commune, qui se divise *ipso iure* entre les indivisaires au prorata de leurs parts. Tandis que dans la véritable conception classique, l'indivisaire qui s'appauvrit en œuvrant à l'entretien ou à l'accroissement de la valeur du bien indivis, opère à la fois pour un bien qui figure au sein de son propre patrimoine, et pour un bien qui figure à celui de son ou de ses coïndivisaires.

**559.** **COMPTABILITE CLASSIQUE DE L'OBLIGATION ENTRE L'INDIVISAIRE ET L'INDIVISION *UT UNIVERSI*. —** L'appauvri contribue au profit de tous. Il accroît la valeur de son bien, et ce faisant il s'enrichit lui-même dans les proportions que sa vocation lui donne sur le tout. Mais il travaille aussi pour le profit des autres, et pour cette part ils s'endettent envers lui. A cet égard, l'indivisaire s'appauvrit, de telle sorte que même s'il ne dépense pas toujours réellement une somme qui soit soustraite de son actif, quoi qu'il en soit une créance entre à cet actif. Et du côté de ses coïndivisaires, même si le bien indivis ne prend pas réellement toujours de la valeur de telle sorte que s'accroisse leur actif personnel, en contrepartie de la dépense effectuée une dette s'inscrit à leur passif. Les dépenses faites ou, le cas échéant, les enrichissements apportés au bien commun par un indivisaire, donnent donc lieu à des créances à son profit et à des dettes à la charge de son ou de ses coïndivisaires[44].

**560.** **INTEGRATION AU PARTAGE DES DETTES DE L'INDIVISION. —** Les raisons qui valent pour les pertes valent *mutatis mutandis* pour les gains. Le calcul de leur

[44] Si Primus s'appauvrit au profit de la masse commune, Secondus et Tertius sont ses débiteurs chacun pour un tiers.

répartition peut se faire dès l'instant de leur apparition, mais les obligations qui en résultent doivent être intégrées au partage. La composition de la masse partageable, dont l'évaluation sert à liquider la part idéale de chacun, ne peut pas se faire sans tenir compte du fait que pendant l'indivision une valeur a été dépensée pour la masse, quand bien même elle ne s'y retrouverait pas en nature. La créance de l'indivisaire appauvri, et la dette de celui qui s'est enrichi, a cet apport pour cause. Faire entrer cette obligation en compte dans le partage ne peut se faire qu'à condition que la masse soit décomposée avant son évaluation, pour être recomposée juste après. Ce mouvement, exactement inverse du rapport en valeur, comprend deux temps :

**561.** **1° Retrait de la valeur perdue. —** La cause de la créance de l'indivisaire contre l'indivision, qu'il s'agisse de dépense faite ou du profit subsistant, est fictivement retirée de la masse indivise réelle. Autrement dit, l'on soustrait de la valeur réelle de la masse la somme dépensée par l'indivisaire. C'est une manière, si l'on veut, d'attribuer fictivement cette part à l'appauvri, de telle sorte que cela efface provisoirement toute prétention de sa part contre ses coïndivisaires. Cette soustraction faite, la somme restante de la masse sert à liquider les parts idéales de chacun sur le tout. Il peut arriver que la soustraction aboutisse à une masse partageable négative, de telle sorte que les parts soient également négatives, mais ce n'est que le premier temps du mouvement.

**562.** 2° **Apport de la valeur perdue.** — L'indivisaire qui s'était appauvri réellement durant l'indivision réitère fictivement et par représentation son geste, plaçant dans la masse la somme en question et devenant, de la sorte, créancier de son ou de ses coïndivisaires, dans la mesure que leur part idéale leur donne sur le bien apporté. La suite appartient au règlement des obligations générées[45]. C'est ainsi que se rendent les comptes du *lucrum*, selon la comptabilité réaliste[46].

## § 2
## *Dettes de l'indivision envers un étranger et dettes de la succession*

**563.** **Analyse critique du droit positif.** — De même que nous avons vu germer précédemment l'idée de créance de l'indivision *lato sensu*, nous voyons ici comment l'on peut, de manière classique, concevoir une dette de l'indivision *lato sensu*. Mais c'est une notion bien précise qui se dégage. La perspective personnaliste conçoit au contraire qu'il y ait rapport obligatoire entre l'indivision et l'indivisaire. Elle y intègre les dettes du *de cujus*. La perspective que nous avons amorcée sur le terrain du partage et qui est maintenant complète va nous permettre de nous livrer à une analyse critique précise de cette dérive.

[45] V. n°599.
[46] Ce serait vraiment compliquer les choses que d'imaginer qu'en ce qui concerne les gains apportés à la masse l'on opère de manière négative, comme si les indivisaires débiteurs rapportaient puis se voyaient attribuer la part destinée à les endetter envers celui qui s'est appauvri. Ce serait impossible, parce qu'ils s'endetteraient tous, en outre, les uns envers les autres.

### A) Dettes à cause de l'appauvrissement d'un tiers au profit de l'indivision

**564.** NATURE DE LA CREANCE D'UN ETRANGER NEE A CAUSE DE L'INDIVISION. — Les causes pour lesquelles un indivisaire s'endette envers l'indivision peuvent se produire également pour l'endettement d'un tiers. Pour la conception classique, quand les gains de l'indivision *lato sensu* sont dus à un tiers, une dette de celle-ci envers le tiers contrebalance l'enrichissement du bien commun (de même que si l'indivision achetait un bien -- ce qui ne se peut pas -- elle en devrait le prix au vendeur)[47]. Les indivisaires ont donc des créanciers à cause de l'indivision. Il n'y a pas lieu, bien évidemment, de faire entrer cette obligation en ligne de compte lors du partage. Mais il n'y a pas lieu non plus d'accorder le moindre privilège à ce créancier sur la masse indivise. C'est un créancier personnel, qui doit, comme tout créancier, attendre le résultat du partage. Sur la part du bien indivis affectée à son débiteur il est en concours avec les autres créanciers de l'héritier, ceux d'origine personnelle, dont il est, et ceux d'origine successorale, qui bénéficient d'un privilège relativement à l'actif successoral. Il passe donc après le créancier successoral, sauf privilège *spécial*, comme on peut en imaginer dans ce cas de figure.

**565.** DROIT POSITIF : DROIT DU CREANCIER A CAUSE DE L'INDIVISION DE SAISIR UN BIEN INDIVIS. — C'est ici le sujet le plus grave de discorde entre germanistes et classiques. La loi de 1976 a étendu au créancier à cause de l'indivision le droit

[47] Cf. Civ.1re, 16 juill. 1992, *Bull. civ.* 1, n°236.

de saisir un bien en l'état indivis. Pour une conception classique cela ne devrait être possible qu'à condition d'en passer par le partage, et par un partage global. Et il conviendrait de veiller, lors de la distribution du prix d'adjudication, à ce que le créancier à cause de l'indivision, poursuivant tel indivisaire pour sa part, ne viole pas le privilège du créancier successoral. C'est au contraire ce qui semble se produire, au mépris de tous les principes de l'ordre successoral, dans le système germaniste que le droit positif a, sur ce point, entériné[48].

### B) Le cas du créancier successoral

**566.** **DETTES DE L'INDIVISION ET DETTES DU DEFUNT. —** Dans une perspective classique, nous voudrions simplement rapprocher du schéma de l'héritier créancier à cause de l'indivision, qui à présent nous occupe, quelques cas où la dette du défunt concerne personnellement l'un de ses héritiers en tant que créancier. Cela vise trois hypothèses. Il y a le cas de l'héritier créancier du défunt, il y a celui de l'héritier créancier d'un créancier du défunt, enfin il y a l'héritier *solvens* d'un créancier du défunt. Les deux premiers cas peuvent être regroupés.

[48] Il y eut un auteur en France pour s'élever contre : Y. Lequette, « Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil », *Mélanges Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, pp. 371 et s. Un arrêt récent permet à l'indivisaire qui s'appauvrit dans l'intérêt des biens communs de se payer de sa créance contractée contre ses coïndivisaires en poursuivant la saisie des biens indivis.

**1)** ***Le créancier du défunt, héritier ou débiteur d'un héritier***

**567.** EXTINCTION PARTIELLE DE L'OBLIGATION PAR CONFUSION OU PAR COMPENSATION. — Dans la conception classique, les dettes du défunt se divisent *ipso iure* entre les héritiers, au prorata des parts, et chaque indivisaire devient débiteur à la place de son auteur. Pour l'héritier créancier successoral[49], le cas de figure est le suivant : il devient le créancier successoral de ses coïndivisaires, pour la part qu'ils prennent dans la dette, et il hérite pour sa part de la dette qu'avait le *de cujus* à son égard[50]. Dans cette dernière mesure, l'héritier se trouve être, à l'ouverture de la succession, simultanément créancier et débiteur de la même obligation. Selon le droit civil, conforme, ici aussi, aux prescriptions de la raison naturelle, l'obligation s'éteint par confusion, à cause de la réunion sur la même tête des qualités contraires de créancier et de débiteur, parce que l'on ne peut pas être à la fois créancier et débiteur. En ce qui concerne l'héritier créancier d'un créancier successoral, le résultat est que pour sa part il se trouve débiteur de son propre créancier. La condition de réciprocité est parfaitement remplie. Sa dette successorale peut dès lors s'éteindre par compensation avec sa créance contre le tiers, à hauteur de la plus faible des deux, et l'héritier ou le tiers pourront opposer au poursuivant l'exception de compensation. Confusion ou compensation, dette et créance de l'héritier doivent donc s'éteindre en principe[51].

[49] C. civ., ancien art. 802, art. 791 depuis la loi du 23 juin 2006.
[50] Il faut noter en outre que la créance de l'héritier est de nature personnelle, tandis qu'il s'agit d'une dette successorale. Or, sur l'actif personnel des héritiers aucune théorie ne remet en cause le principe de division des obligations (v. *supra* n°102).
[51] Phénomènes comparables en matière de sociétés et d'associations.

Mais ici l'ordre successoral produit parfois un effet qui rend les choses plus complexes.

**568.** 1° INCIDENCE DE L'ORDRE SUCCESSORAL, BENEFICE D'INVENTAIRE ET SEPARATION DES PATRIMOINES. — Pour que la confusion et la compensation aient lieu sans difficulté il faudrait 1° que l'héritier accepte purement et simplement[52] et, en ce cas, 2° que les créanciers successoraux ne demandent pas le bénéfice de leur privilège. Mais confusion et compensation peuvent léser les intérêts de l'héritier, et, par là même, ceux de ses créanciers personnels, lorsqu'il ne succède que sous bénéfice d'inventaire. En outre, succession pure et simple ou sous bénéfice d'inventaire, l'intérêt des créanciers personnels se trouve lésé lorsque les créanciers successoraux font valoir leur privilège. En effet, il faut rappeller que les règles de la succession bénéficiaire et de la séparation des patrimoines conduisent à séparer les actifs et les passifs personnels et successoraux. Le prix d'un bien successoral ne se partage pas à égalité entre les créanciers personnels et successoraux lorsqu'il fait l'objet du privilège du créancier successoral, sur sa demande en cas de succession pure et simple, et par principe en cas de bénéfice d'inventaire. Et le prix d'un bien personnel va exclusivement au créancier personnel si l'héritier n'accepte que sous bénéfice d'inventaire. L'interdit, pour un bien successoral, d'aller grossir l'actif personnel, protège, en toute hypothèse,

[52] Lorsque l'héritier renonce les questions de la confusion et de la compensation ne sont pas sensées se poser. Mais c'est une déformation doctrinale, et pour leur résolution il suffit de se référer à ce que nous allons dire du bénéfice d'inventaire.

le privilège du créancier successoral, et, en cas de bénéfice d'inventaire, son seul gage possible.

**569.** **EN QUOI CONFUSION ET COMPENSATION VIOLENT LA SEPARATION DU PERSONNEL ET DU SUCCESSORAL. —** Confusion et compensation signifient que l'on impute créance et dette sur la même ligne de compte, ce qui conduit à éteindre une obligation en l'absence de tout flux réel en contrepartie. En l'occurrence il faut prendre garde au fait que la créance de l'héritier est de nature personnelle, tandis que sa dette est de nature successorale. Autrement dit, ici un élément d'actif personnel (la créance personnelle de l'héritier) est placé sur la même ligne qu'un élément du passif successoral (la dette du défunt). D'un côté la créance de l'héritier s'éteint sans entrée à son actif personnel, de l'autre la dette du *de cujus* s'éteint sans sortie à l'actif successoral.

**570.** **PROTECTION DU GAGE DU CREANCIER SUCCESSORAL. —** Ce que compensation et confusion évitent, c'est un mouvement de fonds qui transfèrerait, au sein du patrimoine de la même personne, des valeurs de l'actif successoral à l'actif personnel. Sa créance fait de l'héritier un créancier successoral (pour la confusion), ou au moins le créancier d'un créancier successoral (pour la compensation). Ce sont donc précisément les garanties offertes au créancier successoral qui interdisent ici le jeu normal de la confusion et de la compensation. Car priver l'héritier et son passif (ses créanciers personnels) de cet élément d'actif, c'est les priver d'un moyen d'accès au passif d'origine

successorale, et donc, à ce titre, à l'actif qui y répond de manière privilégiée, voire exclusive.

**571.** INJUSTICE QUI RESULTERAIT DE L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION. — Cette extinction de l'obligation sans contrepartie ne serait pas juste. Parce qu'une obligation n'est jamais que la réponse provisoire à un mouvement réel, en l'occurence d'appauvrissement de l'actif personnel de l'héritier (gage de ses créanciers) au profit de l'actif du défunt (et dès lors de ses créanciers), qui appelle en contrepartie la réalité, toujours en l'occurrence, de l'enrichissement de l'actif personnel et de l'appauvrissement de l'actif successoral, que l'obligation garantissait. Après l'ouverture de la succession il est normalement interdit qu'un bien personnel aille grossir l'actif successoral, pour la protection des intérêts propres de l'héritier et de ses créanciers personnels en cas de bénéfice d'inventaire, et seulement pour celle de ces derniers en cas de privilège du créancier successoral. Confusion et compensation reviendraient à ça et, appliquées sans discernement, pourraient nuire injustement aux intérêts de l'héritier et de ses créanciers personnels.

**572.** 2° LE DROIT POSITIF INTERDIT CONFUSION ET COMPENSATION. — Législateur, jurisprudence et doctrine énoncent cette formule que l'institution de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire a pour effet principal, en outre de la limitation du gage des créanciers successoraux, de donner à l'héritier l'avantage de conserver le droit de réclamer contre la succession le paiement de ses

créances[53]. La confusion n'aurait pas lieu[54], et il y aurait encore ce donné que les créances de l'héritier contre un créancier du défunt ne s'éteignent pas par compensation[55]. Si la confusion et la compensation ne se produisent pas, la créance de l'héritier et la dette du défunt survivent aux conditions de leur extinction. Dans une analyse comptable extrême l'on pourrait tenter de dire que la créance de l'héritier continue de figurer à son actif personnel, et que la dette du défunt entre à son passif successoral. S'agirait-il de la même obligation que dette et créance ne se rencontrent pas. L'obligation entre héritier et défunt perdure après l'ouverture de la succession. Si l'on se figure les deux collonnes actives et passives du patrimoine de l'intéressé, et que le personnel est placé au dessus du successoral, le lien obligatoire décrit un improbable S, de l'actif personnel au passif successoral. Quant à la créance de l'héritier contre le tiers, elle figurerait de même à son actif personnel, tandis que sa dette envers le tiers serait au passif successoral.

**573.** ***FICTIO LEGIS* DE PERSONNALITE DE LA SUCCESSION. —** Mais faire obstacle à la confusion et à la compensation représente une telle atteinte à la nature des

[53] C. civ. art. 802 *de 1803 jusqu'en 2006*, art. 791 *depuis* G.-A. Chabot de l'Allier, 6ème éd., Paris, 1831, t.3, p. 14 ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°820, pp. 660-661 ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 134. En cas d'action de l'héritier personnellement contre les intérêts successoraux l'on nomme un curateur au bénéfice d'inventaire, tout comme le tuteur dont les intérêts propres entrent en contradiction avec ceux du pupille laisse le subrogé tuteur le représenter à sa place (un cas d'ailleurs n'était pas prévu, celui du créancier de la succession tuteur de l'héritier bénéficiaire, et la jurisprudence a décidé de nommer un tiers administrateur – v. M. Grimaldi, *op. cit.*, n°408, note 3, pp. 390-391.
[54] L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil* publié d'après *le Cours élémentaire de Droit civil* d'Ambroise Colin et Henry Capitant, coll. Précis Dalloz, 9ème éd., Paris : Dalloz, 1950, t.2, n°539, pp. 266-267.
[55] Civ., 23 janv. 1878, D.P. 78. 1. 369.

choses, sur laquelle sont fondés, en raison, les principes du droit civil, que de tels correctifs au jeu normal de la dévolution successorale sont difficiles à expliquer autrement que par un pur acte de souveraineté. D'après la doctrine, ces règles sont donc fondées exclusivement sur la *potestas*. Elle reposent sur une fiction législative. Et ce sont certes de telles dispositions positives qui sont de nature à instituer, par *fictio legis*, la masse successorale en patrimoine autonome ou en personne morale[56]. Si confusion et compensation n'opèrent pas, cela signifie qu'actif et passif successoral sont parfaitement autonomes au regard de l'actif et du passif personnels de l'héritier, à un point tel qu'il faut nécessairement supposer que le débiteur de la dette du défunt n'est pas le même être que l'héritier créancier[57]. Autrement dit, il faut supposer la personnalité morale ou l'autonomie patrimoniale de la succession. L'on est forcément conduit à induire de ces dispositions la survie fictive et artificielle de la personnalité du défunt comme débiteur, ou l'autonomie d'un patrimoine successoral capable, mais alors comme être fictif, de tenir le rôle du débiteur. Tout ce passe alors, dit-on parfois, comme s'il y avait deux personnes ou deux patrimoines au lieu d'un[58].

[56] Le cas illustre parfaitement une manière de traiter des rapports internes au patrimoine d'une même personne comme des relations externes, entre personnes juridiques distinctes.
[57] L'on sait d'ailleurs que l'on explique l'échec fait à la compensation, en droit des sociétés, par l'idée de personnalité morale (v. L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, 3ème éd. par L. Trotabas, Paris : LGDJ, 1932, t.1, n°65-66, pp.153-158, et p. 35, note 2, la citation de Van den Heuvel).
[58] J. Flour et H. Souleau, *op. cit.*, n°295, p. 204 : « l'héritier bénéficiaire réunit (…) deux personnes en une. » ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°820, p. 660 : « l'isolement des patrimoines (…) consacre une sorte de dédoublement de la personnalité du successeur. » *Contra* M. Grimaldi, *op. cit.*, 6ème éd., n°584-587, pp. 569-572. Contre l'idée de personnalité morale, G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, 3ème éd. avec la collaboration de A. Colin, Paris : L. Larose et L. Tenin, 1905, t.2, n°1221, p. 161. J. Flour et H. Souleau, *op. cit.*, p. 202, : « atteinte au grand principe selon lequel le patrimoine est un reflet de la personnalité : principe dont la conséquence majeure est que chaque personne n'a qu'un patrimoine. » Même idée chez J. Maury et H.

**574.** **3° DANGERS DE LA FICTION. —** Le droit positif, en faisant comme si les conditions de la confusion et de la compensation n'étaient pas réunies, a donc introduit des aménagements imagés, qui passent pour pédagogiques. Mais ils sont source d'erreur. Car l'on ne veut pas de toutes les conséquences de la personnification[59]. Et le propre de ce genre de fictions explicatives étant de poser le problème de leur limite, la conséquence en est, pour qui distingue mal actif successoral et actif indivis, que l'indivision successorale est une personne en cas et à cause du bénéfice d'inventaire. C'est ainsi que le droit successoral peut jouer au détriment du droit de l'indivision.

**575.** **AUTRE EXPLICATION JUSTIFICATRICE DES SOLUTIONS POSITIVES. —** En réalité, ce n'est pas que l'héritier demeure créancier de la succession ou créancier d'un créancier de la succession. Le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoine n'interdisent pas la confusion et la compensation d'avoir lieu. Et plutôt que de dire que l'héritier poursuit la succession il vaut mieux dire que l'héritier peut, au besoin, déclencher la liquidation de la succession, et ainsi déclencher les poursuites des créanciers successoraux. Mais il faut seulement préciser que la succession et l'ordre entre créanciers exige une reddition de comptes. Les comptes de l'héritier séparent certainement ses actifs et ses passifs d'origine personnelle et successorale. Cette comptabilité oblige à rendre compte

---

Vialleton, 2ème éd., Paris : LGDJ, 1956, n°415, p. 600.

[59] Un contrat de travail entre l'héritier et le *de cujus* ne saurait se prolonger après le décès ; de même, si l'héritier achète un bien successoral, il ne s'agit pas d'appliquer tout le régime de la vente.

aux créanciers successoraux de l'enrichissement de l'actif successoral dont ils bénéficient du fait de la confusion ou de la compensation. L'héritier prend part à la liquidation de l'actif successoral en retenant, dans la répartition du paiement entre les créanciers successoraux, la partie de l'actif successoral à laquelle lui donnait droit sa créance contre le défunt, ou celle du tiers contre le même et dont il était créancier. L'actif successoral une fois liquidé, la part qu'y a pris l'héritier entre évidemment dans son actif personnel pour revenir exclusivement, en cas de bénéfice d'inventaire, aux créanciers personnels, ou pour y être soumise, en cas de succession pure et simple, au concours égalitaire entre tous les créanciers, personnels et successoraux. L'effet que l'on cherche à produire se justifie donc par les règles de l'ordre successoral et peut s'expliquer autrement que par des fictions. D'autres expressions que celles ayant cours en droit positif sont donc possibles, respectueuses des principes et heureusement insusceptibles de jeter le trouble dans la question de la division des dettes.

Quoi qu'il en soit, s'il y a divergence de vue au sein de la doctrine, celle-ci concorde au moins sur le dispositif des règles de droit en vigueur. Ce qui n'est plus le cas dans l'hypothèse suivante.

### 2) *Entrée en compte de l'action récursoire de l'héritier solvens du créancier successoral*

**576.** **1° PAIEMENT DE LA DETTE SUCCESSORALE AVEC UN BIEN EXTERIEUR A L'INDIVISION.** — L'analyse personnaliste impute entièrement la dette du *de cujus* au compte de l'indivision. Lorsqu'un bien indivis sert à son paiement, c'est chose normale, pour cette théorie[60]. Dans une manière d'analogie avec le régime de communauté, l'on dirait que la dette entre au passif *définitif* de l'indivision[61]. C'est lorsque le paiement aurait lieu grâce à un bien hors indivision qu'il donnerait lieu à des comptes entre l'indivision et les indivisaires. Il semble, si nous comprenons bien les conceptions germanistes, que la division reprendrait ses droits au stade des poursuites. Autrement dit, l'indivisaire n'est tenu que

[60] La théorie germaniste des droits du créancier successoral a trouvé une application dans l'affaire Frécon (Req., 24 déc. 1912, v. *infra* note additionnelle en annexe). La chambre des requêtes de la cour de cassation intervient au sujet du principe de la division des obligations, reconnaît au créancier successoral des droits exorbitants du droit commun et estime que les biens encore indivis sont le gage des créanciers du défunt, dans le dernier attendu de l'arrêt, celui par où il devient jurisprudence Frécon, en une formule qu'il faut donner *in extensso* : « *malgré* la division légale entre les héritiers des dettes de la succession (nous soulignons, parce que si les choses ont lieu *malgré* la division, c'est donc qu'elle n'est pas remise en cause comme telle) le gage, dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant (on croirait lire la formule de la loi de 1976), continue, même après son décès, et *ce jusqu'au partage* (l'incise, importante, montre que l'on sort du cadre traditionnel), de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité toute entière. » Dans une manière d'argument encore tributaire d'une confusion avec la théorie du rapport, l'épouse de Gustave Frécon avait demandé que la dette du *de cujus* à son égard fût placée entièrement à la charge des deux cohéritiers Ferdinand et Mme Dorier. Et la cour énonce péremptoirement que « c'est cette règle qui est appliquée par l'arrêt (de CA) *sous la forme* de l'obligation au rapport total de la somme due par la succession d'Auguste Frécon à sa belle-fille par les héritiers qui prétendaient en conserver une partie. » Dans une vision résolument personnaliste, la succession aurait dû se composer, à l'actif, en nature, de 36 *quirats* sur 54 et au passif de la dette de 18 *quirats* sur 54 envers dame Frécon. Celle-ci est payée sur cette masse, de sorte qu'il ne reste plus que 18 *quirats* aux héritiers, soit 6 *quirats* sur 54 chacun (ou 9 pour les deux, ça les regarde). Dame Frécon peut donc réclamer les 18 aux deux héritiers qui ont touché chacun 18, soit 9 à chacun. Leur lot diminue de moitié. S'ils souhaitent exercer leur recours contre Gustave Frécon ils peuvent lui réclamer 3 chacun, se part de la dette d'Auguste Frécon, 6 *quirats* sur 54, ce qui revient au même.

[61] Comp. le passif définitif de la communauté, A. Colomer, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 12ème éd., Paris : Litec, 2004, n°783, pp. 357-358 ; J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, Paris : Armand Colin, 1995, n°664, pp. 547-548.

pour sa part. Mais cela n'empêche, au stade de la contribution, qu'il fasse entrer en compte, le jour du partage, le fait qu'il ait payé la dette de l'indivision. S'il a payé au-delà de sa part des dettes, sa créance entre également en compte.

**577.** EXTENSION DE LA DISPOSITION AU PAIEMENT D'UNE DETTE PERSONNELLE D'UN INDIVISAIRE. — La loi de 1976 est même allée plus loin en autorisant l'entrée en compte du recours de l'indivisaire qui a payé la dette d'origine personnelle d'un autre indivisaire. En ce cas la créance du *solvens* se dirige contre l'indivision, mais celle-ci est de son côté créancière de l'indivisaire débiteur.

**578.** RAPPEL DE LA PERSPECTIVE ADOPTEE. — Au fur et à mesure du progrès de nos développements nous articulons notre critique de la disposition qui consiste à accorder à un créancier l'insigne privilège de saisir un bien avant le partage. Il s'agit d'analyser en des termes classiques des dispositions qu'ils interdisent.

**579.** ANALYSE CRITIQUE DE SES DISPOSITIONS. — La division *ipso iure* des dettes du défunt dès l'ouverture de la succession signifie que chaque héritier n'en est débiteur que pour sa part[62]. S'il paie sa part, comme il y est obligé, il est quitte. Et s'il lui arrive de payer la part de dette d'autrui, cela doit résulter, selon les

[62] Dans l'affaire Frécon, les principes classiques de la division des dettes étaient invoqués par les cohéritiers de Gustave (Req., 24 déc. 1912, v. *infra* note additionnelle en annexe). Note Sirey 1914.1 : « dette de la succession, qui, conformément aux principes (C. civ. 873 et 1220), se divisait de plein droit entre tous les héritiers, en telle sorte que les deux cohéritiers du donataire n'en pouvaient être tenus que pour un tiers chacun. » GA n°236 (p.968) : la dette « s'était divisée de plein droit à son décès entre ses héritiers. » Cette dette du père, dette successorale, se divise entre les trois héritiers. Chacun n'en est tenu que pour un tiers. Conformément au principe de la division des dettes. Dame Frécon, créancier successoral, eut dû poursuivre chacun des héritiers devenus ses débiteurs chacun pour 6 *quirats* sur 54 (78 166 fr), sur leur part en nature de 18 *quirats* sur 54 chacun, ce qui ramène leur émolument à 12 *quirats* sur 54. Seulement l'action contre Gustave n'eut en fait pas abouti, à cause de l'insolvabilité de celui-ci, de sorte que Dame Frécon perçoit 12 *quirats* sur 54 et demeure créancière de Gustave Frécon pour 6 *quirats* sur 54. Notons, en faveur de la solidarité, que la CA prenait en considération la collusion des enfants et du père.

principes classiques, de sa libre initiative. Il n'y a aucune raison, toujours d'après les principes classiques, de faire entrer en compte la créance du *solvens* qui en découle contre le débiteur, ou, de même, la créance du tiers dans laquelle le *solvens* est subrogé. Analyser le paiement de cette dette comme un appauvrissement de l'indivisaire au profit de l'indivision est une idée erronée.

**580.** **2° Paiement de la dette successorale avec un bien indivis. —** En ce qui concerne le cas de la saisie et de la vente du bien indivis, au profit direct d'un créancier, cette disposition signifie, pour une part, que l'indivisaire poursuivi paie sa dette, et pour le reste qu'il paie la dette d'autrui. Le droit positif, en faisant entrer en compte de partage sa ou ses créances contre son ou ses coïndivisaires débiteurs, suppose que le *solvens* s'est appauvri au profit de la masse.

*Conclusion du chapitre*

**581.** **Synthese de la comptabilite des gains et des pertes. Analyse classique. —** Nous pouvons maintenant faire la synthèse des aspects actifs et passifs de la reddition de compte et donner le point de vue de l'une puis de l'autre conception[63]. Pour la comptabilité réaliste, il s'agit d'ajouter et de soustraire à la valeur des biens présents les montants correspondants respectivement aux pertes

[63] Cf. *supra* n°502-505.

et aux gains ayant affecté la masse. Il faut en augmenter la valeur lorsque les indivisaires sont créanciers les uns des autres à cause de l'indivision, et il faut la diminuer lorsqu'ils sont débiteurs. La reddition des comptes permet de réévaluer la masse partageable à la hausse ou à la baisse. L'on obtient ainsi le montant de la masse partageable, qui sert au calcul des parts idéales. Ensuite - cela explique les obligations entre indivisaires - l'on reprend la valeur des biens présents.

**582.** ANALYSE GERMANISTE. — Au contraire, l'analyse personnaliste conçoit très bien qu'un compte soit érigé au nom de l'entité indivision. Celui-ci se compose, à l'actif, en outre des biens présents réellement, des créances contre les indivisaires, et au passif de dettes envers eux. Le solde de ce compte donne le montant de la masse partageable.

**583.** COMPARAISON AVEC LES COMPTES DE SOCIETES ET DE COMMUNAUTE. — L'on constate le même genre d'illusion en droit des sociétés et dans le régime matrimonial de la communauté. Les pertes de valeur du bien indivis font penser aux cas où un bien commun ou social devient propre à l'époux ou à l'associé, de même lorsque, dans les régimes matrimoniaux, une dette mixte, ou, dans les sociétés, une dette personnelle, est réglée par la saisie d'un bien commun ou social[64]. La dette entre, dit-on, au passif provisoire de la communauté. Lors des comptes, l'époux doit une récompense à la masse commune que l'on tend à analyser comme une dette des propres envers la communauté[65]. Et, de même, les

[64] L'absence de personnalité morale de la société ou de la communauté interdit en principe d'écarter cette possibilité.
[65] Cf. A. Colomer, *op. cit.*, n°939, p. 444 ; J. Flour et G. Champenois, *op. cit.*, n°560, pp. 464-

appauvrissements d'un indivisaire pour un bien indivis font penser aux cas où un bien propre à l'époux ou à l'associé devient commun ou social, de même encore lorsqu'une dette commune ou sociale est réglée par la saisie d'un bien propre[66] (lorsqu'elle est réglée par un bien commun elle entre au passif définitif de la communauté). Lors des comptes, la communauté doit récompense envers les propres. De la sorte, dans une figure qui rappelle celle de l'héritier bénéficiaire, alors que les biens communs sont la propriété de l'intéressé, le compte de la communauté comprend, à l'actif, des créances dirigées contre l'époux, et, au passif, des dettes envers lui[67]. Cette configuration qui mêle la question de l'actif successoral et celle de l'actif indivis ne fait que confirmer que pour la conception germaniste cette distinction ne tient pas.

**584.** **PRINCIPAL DEFAUT DE LA COMPTABILITE PERSONNALISTE. —** En matière d'indivision cette comptabilité personnaliste étend outre mesure les notions de créance et de dette de l'indivision, et en particulier elle intégre au partage les obligations du défunt.

465.
[66] Ce qui, là aussi, s'explique par l'absence de personnalité de la communauté.
[67] Cf. les comptes sociaux, qui dégagent le solde des pertes et des profits qui doivent se partager entre les deux associés.

# Chapitre 2
# Le règlement du compte des gains et des pertes

**585.** **TERME DU RAPPORT. —** Les créances et les dettes nées entre indivisaires d'actes et d'évènements qui ont anticipé sur le partage sont les pierres d'attente du partage final[1]. Les comptes de partage sont naturellement là pour les acceuillir. Cette inscription est nécessaire et suffisante pour les intégrer au partage. Dans une vision classique, et plus précisément dans le cadre de la comptabilité réaliste, les obligations se règlent par compensation, puis, une fois ce règlement opéré, le partage reprend normalement.

## Section 1
## Les règlements par prélèvement et par compensation

**586.** **EXTINCTION PAR COMPENSATION DES OBLIGATIONS NEES A CAUSE DE L'INDIVISION. —** Ici il ne s'agit plus de cette compensation qui, interne au compte rendu par un

[1] Par comparaison, en droit positif, v., pour le créancier de l'indivision, art. 815-17 al. 1er (loi 1976), et, pour le débiteur de l'indivision, art. 864 (loi du 23 juin 2006) C. civ. Cette dernière disposition signifie qu'à l'exception des créances relatives aux biens indivis l'indivision ne peut pas exiger sa créance contre l'indivisaire avant le partage, mais que l'indivisaire est libre de s'en acquitter (cf. pour les créances successorales *infra* n°793, et pour les créances à cause des biens indivis *supra* n°599 et 600). Pour les intérêts, v. C. civ. art. 866 (loi 2006).

indivisaire pour tel ou tel bien indivis, opère afin de dégager une obligation. Il s'agit de l'extinction des obligations d'un indivisaire nées de la reddition de compte, et pour chaque article de compte. Ces obligations s'éteignent, si cela se peut, par compensation. Deux hypothèses sont à considérer. Soit il n'y a point déjà d'obligations réciproques, et il s'agit de les susciter au moyen du prélèvement ou du moins prendre[2]. Soit les indivisaires sont d'ores et déjà réciproquement créanciers les uns des autres à cause de l'indivision, et la compensation peut opérer dans la mesure de la plus faible des obligations.

## § 1
## *Théories du prélèvement et du moins prendre*

Nous reprenons l'opposition entre les comptabilités personnalistes et réalistes[3].

### A) Doctrines personnalistes du prélèvement et du moins prendre

**587.** **Sort des obligations communes. —** L'analyse comptable personnaliste conçoit que l'indivisaire soit débiteur ou créancier de la masse. Ensuite les doctrines germanistes et classiques se divisent à propos du sort de l'obligation et relativement aux modalités du rapport en valeur.

[2] L'on parle de nos jours de « moins prenant », mais l'article 306 de la coutume de Paris, et Pothier après elle, disaient *moins prendre* (R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.8, pp. 170 et 177).
[3] V. les références données *supra* note 1 sous n°377.

### 1) *Explication germaniste du rapport*

**588.** **EXTINCTION DE LA DETTE DE L'INDIVISION ENVERS L'INDIVISAIRE. —** Personnalité morale, patrimoine d'affectation, survivance de la personne du défunt, corporation des héritiers ou propriété collective, toujours est-il qu'une entité artificielle tient lieu de créancier ou de débiteur[4]. Distinguons la dette et la créance de l'indivision. S'il s'agit d'une dette, elle figure au passif de l'indivision. L'indivisaire créancier se paye en prélevant, préalablement au partage, des biens susceptibles d'éteindre sa créance. Le créancier du rapport est satisfait en saisissant et en s'attribuant les biens de son débiteur, dans une manière de dation en paiement[5]. Cette analyse est importante en ce qu'elle peut conduire à agréer l'idée qu'un créancier étranger peut procéder de même. Elle a beaucoup d'influence sur la reconnaissance au créancier successoral du droit de prélever, lui aussi, un bien indivis.

**589.** **EXTINCTION DE LA CREANCE DE L'INDIVISION CONTRE L'INDIVISAIRE. —** Et s'il s'agit d'une créance de l'indivision contre l'indivisaire, elle figure, le jour du partage, dans la partie active de la masse partageable[6]. Elle entre prioritairement dans la composition du lot de l'indivisaire qui en est le débiteur. Le débiteur du rapport se voyant alloti, à proportion, de la créance de l'indivision contre lui-

[4] F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°868 et s., pp. 695 et s. ; J. Flour et H. Souleau, coll. « U », 3ème éd., Paris : Armand Colin, 1991, p. 254.
[5] On ne peut s'empêcher de penser que la théorie de l'indivision peut apporter beaucoup à la théorie du paiement et à la compréhension des mécanismes de garantie du paiement (compensation, réserve de propriété, rétention, caution…).
[6] Cf. *supra* n°517.

même, elle s'éteint par confusion[7]. Lorsqu'en outre il y a, dans la masse partageable, d'autres biens indivis, ceux-ci composent prioritairement les lots des indivisaires non-tenus au rapport. Le prélèvement s'explique ici comme une façon de partage. Les indivisaires "créanciers du rapport" donnent donc l'impression de prélever des biens tandis que dans la même proportion le débiteur du rapport "prend moins", si ce n'est la créance que l'indivision a contre lui-même[8]. Telle est la clef du mystère de la théorie du rapport en valeur selon la comptabilité personnaliste[9].

[7] La réforme du 23 juin 2006 (C. civ., nouvel art. 864) a consacré cette conception en ces termes : « Lorsque la masse partageable comprend une créance à l'encontre de l'un des copartageants, exigible ou non, ce dernier en est alloti dans le partage à concurrence de ses droits dans la masse. A due concurrence, la dette s'éteint par confusion. ». Le nouvel art. 867 prévoit qu'auparavant la compensation joue entre cette créance de la masse et une éventuelle dette de la masse contre le même héritier. Sur la compensation, v. *infra* n°636 à 639 (spéc. n°637). Pour les dettes de l'héritier envers la masse à cause de l'indivision, v. *infra* n°517 ; à cause de la succession (créance du *de cujus*), v. *infra* n°698 (archétype erroné du rapport) ; les créances de l'héritier contre la masse à cause de l'indivision, v. *supra* n°557 à 562 ; à cause de la succession (dette du *de cujus*), v. *supra* n°576.

[8] Pour une application de cette analyse dans les affaires Rolland, Chollet et Frécon, v. *infra* la note en annexe.

[9] M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, p. 859 : « La règle signifie que l'héritier débiteur de la succession doit être alloti de la créance que celle-ci a sur lui. Il s'agit donc bien d'une règle d'attribution : lorsque la masse partageable comprend une créance sur l'un des successeurs, c'est à ce dernier qu'elle doit être attribuée. » Et la note afférente à ce passage vise « Cass. civ., 9 fév. 1887 » ; cette pratique s'autorise donc d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 9 fév. 1887 qui en fit application, dans une espèce, au demeurant, où l'on ne l'aurait point attendue (aff. Sommier, *S.* 1888.1.5, avec une note de Labbé). En effet, ce qui était en cause était l'assiette d'exercice de l'usufruit d'un simple donataire. Il se trouve que l'héritier *ab intestat* avait hérité d'une créance du *de cujus* contre l'institué. Cette créance entrait donc dans la masse de calcul. Le notaire fit entrer la créance dans la masse d'exercice de l'usufruit pour la part sur laquelle cet usufruit devait s'exercer (soit pour moitié). Ce qui nous semble d'emblée étrange, c'est moins cette quotité que le seul fait que l'on ait attribué la créance à l'usufruitier. Car celle-ci, par confusion, s'éteint nécessairement. Comment conçoit-on, plus fondamentalement, l'usufruit d'une créance? Mais laissons cette question (sur l'usufruit des créances, v. F. Zénati, Chron., *Rtd. civ.* 1990, pp. 687-689). Toujours est-il que l'on décida qu'en ce cas s'était la totalité de la créance qui devait être affectée à la part du débiteur. La formule de cette analyse du rapport des dettes est désormais (depuis la réforme du 23 juin 2006) entrée dans le Code civil, article 864, al 1er : « Lorsque la masse partageable comprend une créance à l'encontre de l'un des copartageants, exigible ou non, ce dernier en est alloti dans le partage à concurrence de ses droits dans la masse » ; al. 2ème : « A due concurrence, la dette s'éteint par confusion. Si son montant excède les droits du débiteur dans cette masse, il doit le paiement du solde sous les conditions et délais qui affectaient l'obligation ». Cf., concernant cette disposition, la formulation, qui mériterait exégèse, du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités (2005), exposé des motifs, 1re partie, III, A, 2°.

**590. CONCEPTION EXTENSIVE DU DOMAINE DES OBLIGATIONS RAPPORTABLES. —** C'est aussi le tracé, par essence tellement délicat, de la limite entre celles des obligations qui peuvent à juste titre bénéficier de l'effet extinctif du partage, et les autres, qui est différent d'une vision à l'autre. La catégorie que l'on parvient à discerner depuis le cadre de conception classique dégage un domaine plus étroit que celui qu'agrée la conception germaniste. Autrement dit, le domaine des obligations à cause de l'indivision se restreint, pour la conception classique, à une notion que les germanistes, faute d'une analyse suffisement fine, incluent au sein d'un ensemble beaucoup plus large[10].

**591. L'HERITIER DEBITEUR DU DEFUNT OU *ACCIPIENS* D'UN DEBITEUR DU DEFUNT. —** L'une des sources d'obligations entre indivisaires tient aux créances contractées *ante mortem*, du chef du défunt. Etant donné qu'elles sont devenues successoralement les créances de l'*indivision lato sensu*, il suffit que l'un des indivisaires ait été le débiteur du défunt pour qu'il soit le débiteur de l'indivision *lato sensu*. En outre, un indivisaire peut aussi, ensuite de la transmission successorale, contracter en quelque sorte une dette envers l'indivision *lato sensu*, à cause d'une créance du défunt, en tant qu'*accipiens*.

**592. L'HERITIER CREANCIER DU DEFUNT OU *SOLVENS* D'UN CREANCIER DU DEFUNT. —** Réciproquement, lorsque l'héritier était créancier du *de cujus*, ou lorsqu'il dispose d'un recours en tant que *solvens*, cela noue une obligation entre lui et

[10] V. Ph. Malaurie, 4ème éd. avec le concours de P.-J. Claux et N. Gouzigou-Suhas, Paris : Cujas, 1998, n°871, p. 455.

l'indivision *lato sensu*. Or, si les germanistes font de ces obligations le domaine de prédilection des créances et des dettes de l'indivision, la catégorie que nous cherchons – nous qui défendons la conception classique - n'y est précisément pas.

**593.** **CONDAMNATION DES SOLUTIONS AUXQUELLES CONDUIT CETTE CONCEPTION. —** Par conséquent, s'il est un terrain qui conduit à des solutions que justifient les deux conceptions, selon des motifs néanmoins distincts, il en est un autre où elles s'opposent aussi sur le dispositif. L'analyse germaniste justifie des solutions que condamne l'analyse classique. Le sens de notre propos est de montrer lesquelles. Et puisque ces solutions sont, pour certaines d'entre elles, de droit positif, cela signifie qu'elles sont fondées, *en droit*, sur une *fictio legis*[11] ; le point crucial étant que les résultats concrets auxquels conduisent ses solutions peuvent *en fait* léser les intérêts de l'une ou l'autre des parties prenantes[12].

### 2) *Explication personnaliste classique. Théorie classique du partage-cession*

**594.** **1° DIVISION DE LA CREANCE. 2° LIQUIDATION DE LA MASSE INDIVISE ET ATTRIBUTION DES LOTS. —** La conception personnaliste classique, qui provient de la théorie du partage-cession, a été importante en jurisprudence[13], et dans les esprits elle reste

[11] Consécration de la personne qui n'est pas celle d'une immatriculation au registre du commerce et des sociétés, ou d'une déclaration en préfecture, mais c'est tout comme. Mystères juridiques (E. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie et autres textes*, présentation de P. Legendre, coll. Pratiques théoriques, Paris : Puf, 1984, p. 83) ; F. Maitland, introduction à O. Gierke, *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris : L. Tenin, 1914, pp. 38 et 41 ; Th. Hobbes, préface du *Leviathan*, trad. F. Tricaud, coll. Philosophie politique, Paris : Sirey, 1971.
[12] Cf. la lésion dans le partage, C. civ., art. 889 (loi 2006) ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°963-968, pp. 777-782.
[13] Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Rolland (Civ., 10 juill. 1893, *Rolland c/ cons.*

très prégnante. Elle comprend plusieurs étapes que nous allons ici récapituler. La créance de rapport demeure commune jusqu'au jour du partage. Le moment venu la première étape des opérations consiste à laisser la créance se diviser entre les copartageants, au prorata de leur part. L'étape suivante vise le partage proprement dit. Dans ce mode de calcul, la masse des biens indivis est liquidée, puis les lots sont composés et répartis entre les indivisaires au prorata de leur part, sans qu'il soit tenu compte du rapport. Les créances et les dettes n'ont pas participé à l'évaluation de la masse partageable et des parts de chacun. Le partage a d'abord lieu.

**595.** **3° PRELEVEMENTS. —** Ensuite, que ce soit créance ou dette, l'obligation entre indivisaires se règle personnellement de créancier à débiteur. La dernière étape consiste donc, pour les copartageants créanciers, à exercer leur prélèvement à hauteur du lot attribué à leur débiteur. Car c'est bien ensuite, et de préférence sur sa part, que le débiteur du rapport doit payer sa dette. Il peut évidemment être tenu d'une dette bien supérieure à ce dont il est alloti, tout comme, au contraire, sa dette peut-être inférieure à son lot. Toujours est-il que dans cette conception le prélèvement apparaît comme subséquent à l'attribution

*Deschamps, D.P.* 1894.1.5. note P. de Loynes, *S.* 94.1.177, note Tissier), d'après le partage du notaire, homologué par le tribunal, sur quatre héritiers l'un épuisait sa part en moins prenant, de telle sorte que l'actif se répartissait entre les trois autres et que la dette du défunt n'était pas honorée pour la part attribuée à l'héritier tenu au rapport. Au contraire, le créancier du défunt prétendait voir la totalité de sa créance honorée, en invoquant le bénéfice du privilège de la séparation des patrimoines qu'il avait réclamé avant le partage. Non qu'il voulait faire jouer à ce privilège le rôle radical que l'on a parfois prétendu être le sien. Il n'était pas question de faire obstacle à la division des dettes en raison de ce que le privilège serait un frein à la transmission successorale. Il s'agissait bien de protection du créancier successoral contre les créanciers personnels de son débiteur, et relativement à sa part des biens successoraux. Il se fondait pour cela, et après lui l'argumentation du pourvoi, sur la théorie du rapport que nous disons au texte.

des lots. Il s'agit fondamentalement d'un paiement, et même plus précisément encore d'une dation en paiement[14].

**596.** **CONFLIT DU CREANCIER A CAUSE DE L'INDIVISION ET DES AUTRES CREANCIERS DE SON COPARTAGEANT. —** Avant d'être prélevé par le créancier du rapport, le bien est sorti de l'indivision, et il a transité par le patrimoine du débiteur du rapport. Par conséquent, les créanciers du rapport, lorsqu'ils prélèvent un bien issu de l'indivision, bénéficient clairement d'un privilège sur les autres créanciers de leur copartageant. Que ces derniers soient des créanciers personnels bénéficiaires d'une sûreté, ou qu'il s'agisse du créancier successoral. Il semble que le bien indivis prélevé a, comme par un court-circuit, servi au paiement de l'indivisaire créancier du rapport, de préférence au créancier successoral. On comprend, dans cette conception, toute l'importance de la discussion sur la nature du prélèvement, qui tourne autour du point de savoir s'il s'agit d'une opération du partage ou d'un paiement. Et d'où aussi découle l'étonnement sans cesse ranimé

[14] Dans l'affaire Rolland, il s'agissait donc de tenir compte de la libéralité rapportable en faisant naître une dette à la charge de l'héritier soumis au rapport, envers les trois autres. Née au moment du partage, ses obligations valaient, comme il se doit, le quart de la libéralité. Les créanciers du rapport étaient donc créanciers personnels de leur cohéritier. Les biens présents en nature devaient de leur côté faire l'objet d'un partage qui les répartirait en quatre parts égales. L'égalité du partage n'eût été rétablie que dans un second temps, lorsque les trois créanciers du rapport auraient obtenu leur paiement du quatrième. Le procédé était-il conçu comme étant de droit commun, ou comme seulement induit par la séparation des patrimoines? On peut pencher pour le second terme de l'alternative, au moins dans l'esprit de la Cour de cassation. Toujours est-il que sur la part de biens successoraux attribuée au gratifié le créancier du défunt pouvait faire valoir son privilège et passer avant eux. A l'appui de cette opinion qu'il trouve ingénieuse, A. Tissier, dans sa note sous Cass., 10 juill. 1893, *S.* 94.1.178 (3ème col.), cite A.-M. Demante, 2ème éd., Paris : éd. Plon, 1883-1896, t.3, n°210 *bis* : « Les créanciers de la succession ne sont pas tenus de souffrir que la part revenant de droit sur les biens en nature à l'héritier débiteur du rapport soient absorbés à leur préjudice par les prélèvements des cohéritiers. » Et il renvoi, dans le même sens, à C. Demolombe, 3ème éd. par Guillouard, Paris, 1867, t.5, n°214 ; A. Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, Paris : Cosse, Marchal, 1869, 1re série, t.1, n°338 ; Deschamps, *Du rapport des dettes. Théorie du prélèvement dans le partage des successions, des sociétés et de la communauté entre époux*, Paris, 1889, p. 245. Puis pour comparaison à Bugnet, sur Pothier, *op. cit.*, t.2, n°310, p. 159, note.

devant la nature de privilège de ce même prélèvement. Mais il se trouve que si l'on admettait cette analyse le créancier successoral pourrait peut-être préserver son gage grâce au privilège de la séparation des patrimoines[15].

## B) La nature du prélèvement d'après la comptabilité réaliste

Lorsque nous aurons donné l'explication classique du prélèvement que nous défendons, nous pourrons analyser de manière critique les extensions de la possibilité de prélever induites par les autres analyses.

### 1) *Le prélèvement, attribution génératrice d'obligation*

**597.** RAPPORT EN VALEUR ET COMPENSATION. — Nous avons préalablement analysé le partage des biens en nature comme une opération génératrice d'obligations réciproques qui s'éteignent par compensation. C'est ce qui nous permet de comprendre le rapport en valeur tout autrement que les théories précédentes. Le prélèvement génère, au passif de celui qui prélève, une dette qui vient, par

[15] Un tel moyen fut rejeté par l'arrêt Rolland. La Cour de cassation ne pouvait pas censurer une Cour d'appel pour avoir refusé "d'accorder à la séparation des patrimoines obtenue par (l'intéressé), l'effet de mettre obstacle à l'application des règles de la division des dettes et des rapports en moins prenant". On peut s'interroger sur les raisons exactes de cet échec et sur la portée que contient cette condamnation. Il ne s'agissait pas même d'un refus de donner au privilége de la séparation des patrimoines la portée en question. Et l'on ne saura pas si, dans le cadre de cette conception du rapport, le privilège de la séparation des patrimoine eût pu jouer, parce que l'arrêt Rolland la condamne au profit de l'analyse germaniste. C'est ainsi que l'on a pu dire que l'arrêt Rolland laissait présager la solution de l'arrêt Frécon. La Cour relevait, comme pour le déplorer, que le créancier avait divisé ses poursuites, réclamant à chacun sa part. Puis la Cour précisait qu'il n'apparaissait pas qu'il ait fait d'autres poursuites tendant à obtenir son paiement sur la masse de la succession. S'il faut y voir la suggestion de ne pas diviser ses poursuites et de réclamer le paiement sur la masse encore indivise, voilà bien ce en quoi l'on pouvait considérer que la Cour de cassation anticipait, en 1893, sur la solution retenue en 1912 dans le célèbre arrêt Frécon.
Pour l'application de l'analyse classique du rapport en terme de cession de quotes-parts aux affaires Rolland, Chollet et Frécon, v. *infra* en annexe la note sur l'arrêt Frécon.

compensation, éteindre la créance qu'il a contre son coïndivisaire. Mais précisons bien le jeu de ce procédé entre copartageants avant de dire comment l'on peut dès lors comprendre l'effet que cela a pour les créanciers.

#### a) Le prélèvement entre copartageants

**598.** INTEGATION DU PRELEVEMENT AU PARTAGE. — En tout cas le prélèvement a la valeur d'une attribution de bien indivis[16]. Il génère donc, en contrepartie, selon le nombre des indivisaires, une ou plusieurs obligations à la charge de l'attributaire. Mais ensuite nous distinguons selon que, concernant l'obligation initiale entre indivisaires qu'il s'agit de régler, la cause de l'indivision est du côté créancier ou débiteur.

##### α) *Prélèvement accordé à cause de la créance de l'indivision*

**599.** ENDETTEMENT DU CREANCIER A CAUSE DU PRELEVEMENT. — Dans le cas de l'indivision appauvrie, le créancier à cause de l'indivision, en prélevant, s'endette à son tour envers son ou ses débiteurs initiaux. Si la masse indivise le permet, il prélève des biens juqu'à s'obliger à hauteur de sa créance. De la sorte, celle-ci pourra s'éteindre, par compensation, avec sa dette[17].

[16] Chollet, Lyon, 29 mars 1905 (v. *supra* note sous n°172) ; ainsi nous comprenons la formule « prélèvement opéré » « à titre, non de créanciers, mais de copropriétaires prenant leur part dans l'avoir commun ». A noter que Ch. réun., 1907 soumet la créance de prix au régime qui aurait été celui de l'immeuble, c'est-à-dire objet de prélèvement — auquel application de 883. Ce qui permet de remarquer que le prélèvement est une attribution.

[17] Cf. *supra* vers n°510-555. Affaire Chollet. Certaines formules énoncées par les partisans d'une doctrine sont frappantes en ce qu'elles énoncent des idées propres à la doctrine contraire (cf. n°616). Aussi n'est-il pas toujours aisé de s'y retrouver, surtout dans une décision de justice (Chollet), qui facilement fait flèche de tout bois. Ainsi Besançon, 15 nov. 1901, qui semble se

**600.** ILLUSTRATION. — Le créancier s’endette envers ses copartageants en vertu et dans l’exacte mesure du prélèvement qu’il effectue. Si Primus était créancier de neuf, parce que Secondus son coïndivisaire avait accaparé un bateau de dix-huit, Primus pourra prélever un appartement de dix-huit pour s’endetter à son tour de neuf envers Secondus. Lorsqu’il y aurait trois héritiers et que Primus et Tertius seraient créanciers chacun pour quatre de Secondus, leur coïndivisaire, ils pourront prélever chacun un bien de douze, de manière à s’obliger chacun envers les deux autres à hauteur de quatre, de telle sorte que toutes les obligations, réciproques, s’éteignent par compensation, comme il se doit dans un partage.

**601.** CONNEXITE DES OBLIGATIONS A CAUSE DU RAPPORT EN VALEUR ET A CAUSE DU PRELEVEMENT. — La condition de connexité, pour que la compensation ait lieu, est remplie, parce que le partage et les attributions de biens indivis sont des causes communes à toutes les obligations. L’obligation intégrée au partage est de même nature que celle due en vertu du prélèvement. Autrement dit, selon la conception classique de l’indivision, le rapport est une opération du partage dont le prélèvement est le pendant. Au lieu que d’être simultanées et collectives comme dans le cas du partage des biens présents en nature, ici les prises de part sont successives et individuelles. Il n’y a, dans tout cela, aucun mystère comptable.

---

rattacher à la tendance personnaliste, énonce néanmoins que « ce droit de prélèvement n’est qu’une application spéciale aux opérations du partage du principe général de la compensation des dettes. » Mais cf. sous n°589 (question de compenser dette et droits).

**602.** **Principe d'egalite du partage. —** Le débiteur a, d'une certaine manière, déjà pris sa part, et il a ainsi, dans cette mesure, déjà épuisé ses droits dans la succession, il est donc juste qu'il ne vienne plus au partage que symboliquement[18]. Sans cela l'égalité serait rompue. Si Primus, par exemple, devait partager avec Secondus le bien restant de dix-huit, ils en auraient chacun une part de neuf. Secondus aurait au total vingt-sept (son avance plus la moitié du bien restant), et Primus neuf plus sa créance de neuf. L'égalité du partage serait suspendue à la solvabilité de Secondus.

**603.** **Inegalites en fait. —** Il faut bien noter que l'héritier tenu au rapport a réintégré fictivement et s'est vu attribuer un bien dans la masse. Pour faire bonne mesure le créancier du rapport pourra prélever dans la masse un bien équivalent[19]. Il est vrai qu'il suffit que l'héritier tenu au rapport ait déjà dilapidé de longue date la part des biens indivis qu'il a pris d'avance et qu'il soit

[18] Le prélèvement de l'un peut se regarder comme un moins prendre pour l'autre. Il s'agit de la même opération du rapport fictif.

[19] Dans l'affaire Rolland, cette analyse aurait conduit au même résultat que celui auquel est parvenu la Cour de cassation. Les cohéritiers de Léopold Deschamps étaient bien, conformément à ce que soutenait Rolland, et contrairement aux dires de la C. cassation, « directement et personnellement » ses créanciers. Rapporter en valeur la somme cause de ses obligations signifie qu'ensuite du rapport puis du prélèvement fictif effectué le jour du partage par Léopold, ses trois coïndivisaires prélèvent à leur tour, dans la masse indivise, des biens pour un montant équivalent. De la sorte tous s'endettent les uns à l'égard des autres, et les obligations s'éteignent, par compensation, sans que Rolland, le créancier successoral, n'y puisse rien. Il en découlait que le créancier successoral, une fois le partage opéré, ne pouvait agir que sur le lot de son débiteur. Or, ce dernier étant soumis au rapport, ce lot se réduisait à rien. Le créancier ne pouvait avoir plus de droit que son débiteur. Est-ce compris ainsi par les auteurs cités par P. de Loynes (sous Civ., 10 juill. 1893, *D.P.* 1894.1.5) ? Le résultat, en tout cas, oui : « créanciers ne peuvent poursuivre chacun des héritiers que pour sa part et portion » (*op. cit*., p. 6, col. 2) ; « héritiers au lot desquels, par suite d'un rapport en moins prenant dû par un autre, la totalité des biens héréditaires a été placée, ne peuvent pas être actionnés dans une mesure plus étendue même sur les immeubles héréditaires » (*op. cit*., *ibid*.). V. aussi aff. Cerf-Marchand, Civ., 8 fév. 1882, *S.* 1882.1.224 : manifestation typique de cette analyse du rapport, les créanciers du débiteur du rapport critiquent le fait que les autres indivisaires, créanciers eux aussi, leurs soient préférés ; ce à quoi la Cour de cassation répond très bien que « les attributions (…) aux copartageants des divers éléments de l'actif à répartir sont reçues par eux, non à titre de créanciers, mais à titre de copropriétaires ».

insolvable pour que ses créanciers aient l'impression que leur gage, en quoi consistait le bien demeuré indivis, leur échappe injustement. De même du cessionnaire *ut universi* ou *ut singuli*, qui voient la part échue à leur auteur par le partage réduite à rien[20].

**604.** SORT DU BIEN LICITE EN PRESENCE DE CREANCIERS DU RAPPORT. — En ce qui concerne la licitation, et en particulier la licitation partage, l'on comprend désormais parfaitement ce qui se produit lorsqu'un des héritiers est tenu à un rapport. Les créanciers du rapport sont les attributaires prioritaires du bien licité, et le prix de l'immeuble leur revient logiquement, et justement, à titre de prélèvement.

**β) *Prélèvement accordé à cause de la dette de l'indivision***

**605.** ENDETTEMENT DU CREANCIER A CAUSE DU PRELEVEMENT. — Lorsqu'un indivisaire s'est appauvri au profit de l'indivision, et lorsque l'indivision, représentée par son ou ses coïndivisaires, est sa débitrice, le règlement a lieu de même. L'indivisaire est créancier de l'indivision parce qu'il l'a enrichie. En prélevant un bien indivis il s'endette à son tour. La valeur qu'il soustrait à la masse indivise remplace ainsi exactement la valeur personnelle qu'il a dépensée, ou qu'il a laissée dans l'indivision[21]. Si, entre deux indivisaires, l'un dépense dix-huit pour un bien indivis dont la valeur est de trente-six, il devient créancier

[20] Cf. *supra* vers n°510-555.
[21] Ce n'est donc pas que l'indivision s'étant enrichie, les choses se soient passées comme si tous avaient pris un bien, sauf lui. Cf. problème posé *supra* note 46 sous n°562.

de neuf. Par conséquent, en prélevant réellement un bien de dix-huit, il s'endette à son tour de neuf, et les obligations s'éteignent. S'ils sont trois, Primus, en dépensant douze, enrichit l'indivision dont la masse est évaluée à trente-six. Il est créancier de Secondus et de Tertius, pour quatre chacun. En prélevant un bien de douze, il s'endette envers l'un et l'autre et les obligations s'éteignent de la même manière que pour un partage.

**606.** CONCLUSION. COMPARAISON DU PROCESSUS POUR LES DETTES ET POUR LES CREANCES DE L'INDIVISION. — S'il n'y a donc pas de différence, extérieurement, pour la théorie classique, entre une dette et une créance née à cause de l'indivision, le processus de la reddition et du règlement de compte diffèrent. Dans le cas des créances, un indivisaire anticipe réellement sur les attributions, puis, le jour du partage, il rapporte fictivement son bien pour le calcul des parts, avant de le reprendre fictivement, de telle sorte qu'en contrepartie, les autres, ses créanciers, prélèvent. Ensuite a lieu la composition des lots. Dans le cas des dettes, l'opération est inverse. Un indivisaire s'appauvrit pour une certaine valeur. Le jour du partage, cette valeur est fictivement retirée de la masse pour le calcul des parts, avant d'être rajoutée fictivement, de telle sorte que l'appauvri, créancier des autres, prélève.

**607.** DIFFICULTE DE PREVOIR LA VALEUR DES PARTS AVANT LE TERME DU PARTAGE. — La masse indivise des biens présents réellement le jour du partage ne permet donc

pas, à elle seule, de se représenter l'assiette réelle des droits d'un indivisaire. Parce que la masse partageable est fictivement augmentée et réduite, et parce que la composition des lots de biens en nature ne commence qu'ensuite des prélèvements. Si le droit d'un indivisaire est incertain, c'est son crédit qui en pâtit.

#### b) Le crédit: effet du prélèvement pour les créanciers

**608.** LES CREANCIERS DE L'INDIVISAIRE DEBITEUR DANS LE PRELEVEMENT. — De nombreuses obligations sont en cause, et lorsque l'on traite de l'effet du prélèvement à l'égard des créanciers il s'agit d'abord de préciser que la créance qui donne légitimement lieu à l'exercice du prélèvement, que nous plaçons à part, ne peut-être que la créance d'un indivisaire contre un autre. Mais la cause de l'indivision peut figurer, peu importe, du côté de l'indivisaire créancier (qui prélève parce qu'il s'est appauvri) comme du côté de l'indivisaire débiteur (qui pâtit du prélèvement parce que l'indivision s'est appauvrie). Et puisque l'obligation qui donne lieu au prélèvement est entre deux indivisaires, l'un débiteur, l'autre créancier, par conséquent, en ce qui concerne l'effet du prélèvement au regard des créanciers, il faut bien, pour la clarté de l'exposé, distinguer, d'un côté, les autres créanciers de l'indivisaire débiteur (qui pâtit du prélèvement), dont nous traitons ici, et, de l'autre, ceux de l'indivisaire créancier qui prélève, auquels nous ne consacrons qu'une brève remarque pour terminer.

**609.** **Les differents creanciers en conflit avec l'indivisaire qui exerce le prelevement. —** Nous envisageons le conflit entre le créancier admis à prélever et les autres, et il s'agit ensuite de clairement distinguer les trois types d'obligations qui sont en cause. 1° Il y a les obligations du défunt ; nous renvoyons à plus tard l'étude des créances du défunt, mais nous nous penchons sur le sort de ses dettes, c'est-à-dire sur le cas du *créancier successoral*, qu'il soit membre, ou non, de l'indivision. 2° Il y a le cas des obligations nées à cause de l'indivision, mais dont le créancier ou le débiteur n'est pas membre de cette même indivision. Il peut donc s'agir d'un *étranger créancier ou débiteur à cause de l'indivision*. 3° Il reste les créanciers des indivisaires qui ne sont pas d'origine successorale et dont l'obligation n'a pas de rapport avec les biens indivis. Ces derniers sont, au regard des deux précédentes catégories, des créanciers d'origine personnelle ordinaires. C'est par eux que nous commençons.

**610.** **1° Le privilege de l'indivisaire creancier a cause de l'indivision. —** L'on conçoit qu'il y ait un conflit entre l'ensemble des créanciers inscrits au passif de l'indivisaire débiteur dans le prélèvement. Revenons rapidement sur l'effet de privilège qu'a le prélèvement, *de lege lata*, pour l'indivisaire créancier qui prélève, au regard du créancier qui n'a pas ce droit.

**611.** **Le prelevement institue un ordre entre les creanciers de l'indivisaire debiteur. —** En somme, et pour reprendre les choses autrement, dans une vision classique du *casus* il s'agit bien toujours d'un conflit entre les deux créanciers

d'un débiteur indivisaire. Il suffit à celui des deux créanciers qui est membre de l'indivision d'intégrer son obligation au partage pour, grâce à la faculté de prélèvement que produit sa participation à l'indivision, être préféré à l'autre créancier[22]. Mais repartons d'une illustration concrète, puisque l'on perçoit mieux tenants et aboutissants d'une controverse (et ici il y en a une, et de taille) lorsque le contexte casuistique dans lequel s'insère la jurisprudence et au vu duquel spécule la doctrine est explicite. Soit un bien valant par exemple dix-huit, indivis entre Primus et Secondus, coïndivisaires pour une part égale. Au vu de ce que nous avons dit précédemment, Primus et Secondus pourraient espérer, et avec eux leurs créanciers respectifs, qu'après le partage ils auront chacun un bien valant neuf. Or voici que Primus serait tenu au rapport d'une valeur de dix-huit.

**612.** **ILLUSTRATION. —** Dans un tel exemple, entre les deux héritiers, l'un, Primus, épuise sa part dans un rapport, tandis que l'autre, Secondus, récupère l'entièreté de la masse. Autrement dit, sur les biens indivis présents en nature au jour du partage, le lot de l'indivisaire tenu au rapport sera moindre, dans la proportion de ce à quoi il est tenu, que ce que pouvait laisser croire sa vocation sur le tout. C'est le résultat notable de l'opération. Effet remarquable aux yeux des premiers intérressés, les copartageants, mais plus remarquable encore pour les créanciers, et plus douloureusement, sans aucun doute, pour les créanciers de Primus. D'autant plus si Primus, débiteur de ces derniers, est insolvable. Ils

[22] V. la théorie comptable personnaliste de la compensation dans le partage, *supra*, n°470 à 483 et n°611 pour l'ordre entre créanciers.

auront eu l'impression d'assister, impuissants, à l'évanouissement de leur seul gage prévisible : la part de Primus dans le bien commun valant dix-huit.

**613.** L'ORDRE DU PARTAGE. — Le partage instaure un ordre qui fait passer le créancier indivisaire avant tout les autres. Cela a lieu grâce à la compensation, qui éteint sa créance avec la créance née à l'actif de son débiteur, en conséquence du prélèvement. La compensation institue un privilège du créancier copartageant qui prélève, sur la créance née, du fait précisément du prélèvement, à l'actif de l'indivisaire débiteur[23]. C'est la conséquence normale de l'intégration de l'obligation au partage. Nous avons vu cet effet jouer dans le partage des biens présents en nature. C'est exactement la même raison qui préside ici. Il s'agit d'une facette méconnue et subtile de l'effet dévestitif du partage. Relativement à l'actif indivis réel, un ordre incontournable s'introduit qui permet à l'indivisaire de primer tous les créanciers, personnels ou successoraux, parce que cet ordre repose sur l'égalité entre les héritiers, reine et âme du partage, elle-même fondée rien moins que sur le droit de propriété[24].

[23] Cf. le grand article de A. Rouast, « Du droit de préférence résultant du rapport des dettes », *Rtd civ.* (1911), p. 687.
[24] Dans l'affaire Chollet, c'est ainsi que la situation doit être analysée : il faut distinguer le passif et l'actif de Paul-Xavier Dumoulin. A son passif, P.-X. D. a trois créanciers. D'un côté, Chollet, son créancier personnel ; de l'autre Amicie et Louis, ses coïndivisaires, ses créanciers à cause du rapport en valeur auquel il est tenu. A son actif, P.-X. D. a deux créances contre Amicie et Louis, à cause de l'attribution à eux faite, par le partage, des immeubles successoraux (v. sous n°579). Dans le concours qui s'établit, pour le paiement de la créance de P.-X. D., entre Amicie, Louis et Chollet, ceux-ci sont privilégiés, à cause du partage et de la compensation qu'il comporte entre cette créance et leur propre créance contre P.-X. D. De la sorte, avec l'extinction des créances de P.-X.D. contre Amicie et Louis, Chollet perd tout lien avec l'actif de ces derniers, dans lequel figure la créance du prix d'adjudication des immeubles. Et, comme le notait le juge commissaire, « il ne pouvait avoir plus de droit que son débiteur » (Besançon, 15 nov. 1901).

**614.** 2° L'ORDRE DU PARTAGE AU REGARD DU CREANCIER D'ORIGINE PERSONNELLE. — Pour les créanciers personnels de l'indivisaire alloti au moyen d'un rapport, il n'est question que d'un espoir déçu : l'espoir où ils étaient de voir le patrimoine de leur débiteur s'accroître de l'entrée de biens successoraux. Mais cette conséquence du prélèvement n'est que justice. Si un indivisaire épuise sa part dans un rapport, c'est après tout qu'il doit y avoir de bonnes raisons à cela. Pensons à l'indivisaire débiteur parce qu'il s'est enrichi pendant l'indivision. Avant le partage, cet enrichissement au détriment de l'indivision, et source de l'endettement envers elle, était un avantage pour les autres créanciers de l'indivisaire. Il prenait une part concrète d'avance, et ainsi il accroissait son crédit et le gage de ses créanciers. L'indivisaire est par exemple seul propriétaire du jour où il prend possession d'un meuble. Cela a pour ses créanciers un effet notable. Si un meuble sort de l'indivision, alors il devient saisissable. Cela revient au même qu'un partage, justement sans avoir à en passer par le partage. Le même raisonnement vaut pour le cas de l'indivisaire qui appauvrit l'indivision sans s'enrichir lui-même. Car il s'endette envers ses coïndivisaires. Mais cette créance de réparation ne sera pas exigible avant le partage. Et en attendant ses autres créanciers peuvent se répartir leur gage sans en tenir compte.

**615.** RELATIVITE DU DESAVANTAGE DU CREANCIER. — Les créanciers de l'indivisaire débiteur dans le prélèvement doivent donc veiller à leur gage au moment où l'indivisaire s'endette envers l'indivision. Parce que s'ils agissent ensuite du

partage, ils ne peuvent plus prétendre à une part de la succession plus grande que celle qu'il a déjà reçue. En outre, si le prélèvement les désavantage, le phénomène du rapport en valeur joue à leur avantage, au contraire, comme nous le verrons, lorsque leur débiteur, en contractant sa dette envers l'indivision, a outrepassé la mesure de sa part idéale.

**616.** LE *CASUS* DE LA LIBERALITE FRAUDULEUSE. — L'on aura toutes les données du problème en main lorsque nous aurons précisé à quelle fraude éculée ces solutions peuvent donner lieu. Lorsque l'on souhaite par exemple conserver le patrimoine familial à l'abri des étrangers créanciers d'un héritier prodige ou insolvable, la manoeuvre consiste à feindre une donation en avancement d'hoirie en argent, de telle sorte que l'héritier gratifié épuise ainsi ses droits par le seul jeu du rapport de cette somme[25]. Voilà en réalité le *casus* typique de ces partages difficiles où le rapport intervient. C'est en considérant un tel cas que spécule la doctrine. Et c'est en grande partie en considération de cette fraude que la jurisprudence s'est élaborée. Tel était le cas présenté dans l'arrêt Frécon[26]. Dans le cadre de la doctrine classique, il ne reste, en toute rigueur, au créancier qui

[25] Il ne suffirait pas, pour écarter ses créanciers personnels, que l'héritier n'accepte pas ou renonce à la succession, puisqu'ils peuvent, par la voie oblique, accepter la succession que leur débiteur n'accepte pas, ou plutôt, nous l'avons vu, rendre, par l'action paulienne, la renonciation inopposable à leur égard, comme opérée en fraude de leurs droits.
[26] Affaire Frécon c/ dame Frécon née Frachon. S. 1914.1.201, 1[er] arrêt et GA n°236 (D. 1915.1.45 est, comme chacun pourra le constater, une référence erronée), v. *infra* en annexe la note concernant cet arrêt. Toujours sur les droits du créancier successoral, et sur les recours entre copartageants dont son paiement est l'occasion, il faut mentionner d'autres décisions, qui méritent également le détour : dans l'affaire Chatigny, Civ. 9 janv. 1827 ; cons. Z. c/ cons. Graillot, X. et Y., Civ. 4 avril 1962, *G.P.* 1962.2.29 ; Chauvac-Valéry, Trib. civ. Brive, 27 janv. 1938, précitée, v. *infra* sous n°697 ; Allier, Civ. 1[re], 26 mars 1974, *D.* 1975.1.41, note Sortais, *JCP* 1975.II.17970, note Dagot, *Rtd civ.* 1975.349 et 1976.589, obs. R. Savatier ; affaire Médecin, Civ. 1, 14 déc. 1983, *D.* 1984.310-313.

voit son gage s'amoindrir, qu'à attaquer au moyen de l'action paulienne cette libéralité faite en fraude de ses droits. L'on conçoit que la réparation de la fraude puisse justifier certaines solutions, en équité. Mais cela ne va pas jusqu'aux droits exorbitants que la jurisprudence et la loi ont reconnus, sur le seul fondement de la théorie germaniste, au créancier successoral et au créancier de l'indivision.

**617.** **3° L'ORDRE DU PARTAGE AU REGARD DU CREANCIER D'ORIGINE SUCCESSORALE. —** Selon la conception que nous défendons, de leur côté, le créancier du défunt et l'étranger créancier à cause de l'indivision voient leur créance, se diviser, pour le premier, entre les successeurs au prorata de leurs parts, naître, pour le second, contre chacun d'eux dans les mêmes proportions. Et il faut préciser que nous n'envisageons pas ici les dettes tombées au passif de l'indivisaire créancier qui exerce le prélèvement, mais bien toujours celles qui sont au passif de l'indivisaire débiteur dans le prélèvement. En outre, nous n'envisageons encore ces dernières que relativement à la part prise par le débiteur dans le partage. Créancier de la succession et étranger créancier de l'indivision sont bien inscrits, l'un comme l'autre, au passif de l'indivisaire débiteur de son coïndivisaire. Et c'est au regard du conflit qui a lieu entre eux et l'indivisaire créancier qui prélève qu'il y a lieu d'envisager la question.

**618.** **LE *CASUS* DU CREANCIER SUCCESSORAL. DIVISION DES POURSUITES. —** Même hors l'hypothèse de fraude, le cas du créancier successoral heurte beaucoup la

doctrine, dans la mesure où l'effet du prélèvement peut s'envisager comme une atteinte directe portée au gage dans la perspective duquel il a contracté. C'est ici qu'il convient de faire entrer en ligne de compte une casuistique classique. Les choses seront plus claires en prenant un exemple. Le *de cujus* dont les biens s'élèveraient à dix-huit serait débiteur de la même somme envers un tiers. Il y aurait deux héritiers dont la vocation serait égale. Le tiers créancier successoral verra donc sa créance se diviser en deux parts de neuf chacune. Il pourra poursuivre chaque héritier respectivement pour la somme de neuf. Supposons que le créancier n'ait aucun espoir d'être payé avec les biens personnels des successeurs, soit que ceux-ci soient personnellement insolvables, ou bien même qu'ils aient accepté tous deux sous bénéfice d'inventaire[27]. En tout état de cause les biens successoraux sont son seul gage réel.

**619.** EFFET DEFAVORABLE DU RAPPORT EN VALEUR. — Ceux-ci étant indivis, le créancier devra, selon les conceptions que nous défendons, réclamer le partage. C'est alors qu'il faut supposer en outre que l'un des héritiers doive un rapport en valeur. Il suffit d'imaginer pour cela qu'il a bénéficié d'une donation en avancement d'hoirie. Dans notre exemple le gratifié aurait bénéficié d'une avance de dix-huit, somme dont il ne disposerait plus le jour du partage. La masse partageable est évaluée à trente-six. L'indivisaire gratifié épuise sa part dans un rapport tout symbolique. Son copartageant, pour faire bonne mesure,

[27] En cas d'obligation *intra vires* le désavantage représenté par l'application du principe de division relativement aux biens indivis se paie au prix fort.

doit prélever les dix-huit présents en nature. Le créancier du rapport et le gratifié ne doivent pas plus que leur part de dette. L'héritier tenu au rapport devra toujours neuf, quoiqu'en fait il ne puisse les payer. Et l'héritier qui prélève dix-huit ne doit jamais que neuf. De telle sorte que le créancier successoral ne peut être payé que pour moitié par l'héritier solvable, qu'il ne peut poursuivre pour plus, et pour le reste il supporte l'insolvabilité de l'autre[28].

**620.** VALEUR DU RESULTAT. — Le créancier successoral supporte le poid de l'insolvabilité de l'indivisaire contre lequel toute action est illusoire. Pour une créance de dix-huit, il est permis de dire que neuf lui ont échappé, alors même que son débiteur originaire, le *de cujus*, aurait, de son vivant, honoré son engagement en totalité. Il s'agit donc d'un cas où le créancier pâtit du décès de son débiteur[29].

[28] Il s'agit d'un cas classique, qui s'est présenté dans l'affaire Rolland (v. *supra* note 33 sous n°44) ; De Loynes p. 6 et Tissier p. 177 col. gauche qui, à ce propos, cite Pothier, Domat, Coquille et Dumoulin. Sur les quatre héritiers du débiteur défunt, Léopold était tenu au rapport d'un avancement d'hoirie — H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 28 — dont la valeur dépassait la part idéale à laquelle il pouvait prétendre de la succession. Il épuisait donc sa part successorale dans un rapport, et, par application des règles du rapport en moins prenant, ne touchait rien de l'actif en nature de la succession. De la sorte il ne pouvait, pour sa part, honorer la dette du défunt, qui n'était payée qu'aux trois quarts, par ses cohéritiers, chacun pour sa part.

[29] F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°787, p. 640. Le cas est classique. Cf. arrêt Frécon. GA n° p. 965 ; Tissier p.177 col. gch et centrale : « résultat peu moral et peu juste : un débiteur mourant solvable et ses créanciers restant en partie impayés. » ; Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 451 : « Les biens héréditaires sont le gage naturel des créanciers successoraux ; du moment que le défunt était solvable, le créancier successoral doit pouvoir se faire payer ». Tissier, p. 179, cite Cour de Rennes, 29 nov. 1889 « l'équité peut paraître blessée » et J. de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat,* Paris : Garnery et Laporte, 1805, t.2 : « Cette législation m'a toujours paru étrange. J'avais contracté avec une seule personne, et mon opinion de sa solvabilité était fondée sur tous ses biens, quand même ils ne m'auraient pas été affectés par une hypothèque. (…) Mais ce qui est bien pis, et bien plus difficile à justifier, comment se fait-il que je sois obligé de perdre la moitié ou les trois quart de ma créance, si la moitié ou les trois quart des héritiers sont insolvables, tandis que *mon débiteur* et *sa succession* qui le représente sont très solvables *en masse* et au total. » Nous soulignons la fin, car le mot est lâché : le débiteur est représenté par sa succession.

**621.** **ARGUMENTS EN FAVEUR DE CETTE SOLUTION. —** La situation du créancier successoral court donc bel et bien le risque de s'aggraver à cause du partage. Mais si l'avancement d'hoirie a eu lieu avant que le défunt ne contracte sa dette, cela signifie que son créancier avait à y veiller. S'il est effectué ensuite, il lui fallait être diligent[30]. Ou attaquer, au besoin, l'acte effectué en fraude de ses droits. Mais encore faudra-t-il que la fraude soit démontrée. Dumoulin voulait que pour protéger le créancier successoral il y eût présomption de fraude[31].

**622.** **CRITIQUE DE LA JURISPRUDENCE FRECON (1912). —** Toujours est-il que même dans ce cas il y a encore loin de l'effet d'une action paulienne aux droits que l'on a accordé de nos jours au créancier successoral de saisir la masse indivise. C'est ce que nous pouvons observer avec la fameuse jurisprudence Frécon (1912), que

[30] Les legs, qui ne sont pas rapportables en principe, posent un autre type de difficulté, dans lesquelles nous n'entrerons pas ici.

[31] Tissier *dixit*, sous Rolland (Civ., 10 juill. 1893, v. *supra* note 33 sous n°47) : « Pothier, empruntant une solution de Dumoulin, disait que « l'autre enfant doit répondre en ce cas envers les créanciers de la succession de la part de dettes dont est tenu son frère insolvable, *quoique les créanciers n'aient pas eu la précaution d'arrêter les biens de la succession avant le partage*. La raison en est que, cet enfant ayant recueilli presque tout l'actif des biens délaissés par le défunt au moyen de ce que son frère a été tenu de précompter sur ce qu'il avait reçu du vivant du père commun, il est juste qu'il ne profite pas, aux dépens des créanciers de la succession, de ce que *son frère s'est mal à propos porté héritier* ; il y a lieu, en ce cas, de présumer une collusion entre les deux frères, et que c'est dans la vue de se décharger d'une portion des dettes et d'en frauder les créanciers que l'héritier solvable a engagé son frère insolvable à se porter héritier. » (*Traité des obligations*, Paris et Orléans, 1761, n310, t.2, n°310, p. 159). » (nous soulignons) Tissier dit aussi que « personne n'ose plus soutenir cette idée » et cite A.-M. Demante, *op. cit.*, t.3, n°210 bis, III et Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867-1879, t. 6, p. 503, § 619, note 69. Nb : ce qui vaut contre le créancier successoral ne vaudrait plus contre le créancier personnel. Cf. P. de Loynes, p. 6-7, préjudice du créancier résultat acceptation de la succession : « C'est l'acceptation qu'il pourra attaquer comme faite en fraude de ses droits, parce qu'elle aurait eu lieu à la suite d'un concert avec les autres héritiers. Les juges seront naturellement disposés à accueillir sa demande, si l'héritier avait plus d'intérêt à renoncer qu'à accepter, si, par exemple, la valeur du don par lui reçu est supérieur au montant de la part héréditaire à laquelle il peut prétendre. Mais si, comme dans l'espèce, le rapport a pour cause une obligation contractée par le défunt dans l'intérêt de son héritier, un cautionnement, par exemple, il sera plus difficile d'admettre que l'acceptation soit entachée de fraude. » Il confond l'obligation au rapport à laquelle est tenu Léopold et la dette envers le créancier successoral.

l'on donne couramment comme ayant consacré le droit du créancier successoral[32].

**623.** **4° L'ORDRE DU PARTAGE AU REGARD DE L'ETRANGER CREANCIER A CAUSE DE L'INDIVISION. —** En ce qui concerne la créance ou la dette née à cause de l'indivision, l'on peut constater que lorsque l'obligation se noue entre indivisaires, le prélèvement favorise le créancier au regard des autres créanciers de l'indivisaire débiteur. Nous pouvons observer, pour commencer, quelle différence le rapport en valeur introduit dans le régime d'un créancier à cause de l'indivision selon qu'il est membre ou non de celle-ci. Tous deux se sont appauvris à son profit. Laissons la première nuance, qui veut que l'indivisaire, pour sa part de perte, soit quitte, et qu'il ne soit créancier que pour la part des autres ; tandis que l'étranger est créancier de tous les membres, chacun pour sa part. Notons, surtout, que sur les biens propres le tiers peut être payé immédiatement, tandis que le membre de l'indivision voit sa créance gelée jusqu'au partage (inconvénient qui peut facilement se combler au moyen d'une saisie provisoire et de la demande du partage). Sur les biens indivis, l'étranger comme le membre de l'indivision sont freinés. Ils doivent demander le partage afin de se payer sur la part attribuée à leur débiteur. Or, c'est donc ici que l'indivisaire voit sa créance honorée, de manière privilégiée au regard des autres créanciers, personnels ou successoraux, de son copartageant.

[32] Pour, dans l'affaire Frécon, une réparation de la fraude fondée sur l'analyse classique, v. *infra* la note en annexe, n°547, 599-603 (théorie rapport), 613 (théorie rapport).

**624.** COMPARAISON AVEC LE CAS DE L'ETRANGER DEBITEUR A CAUSE DE L'INDIVISION. — La comparaison peut aussi être tentée, entre le cas où le débiteur à cause de l'indivision est un étranger ou un membre de l'indivision. Lorsque c'est un étranger, les indivisaires, ses créanciers, peuvent le poursuivre sans attendre. Ils ont une créance de nature personnelle contre lui, qui entre par conséquent dans le gage de leurs propres créanciers. En revanche, lorsque le débiteur à cause de l'indivision est un indivisaire, ses créanciers (et leurs propres créanciers avec eux) doivent attendre le partage. Mais le prélèvement leur permet d'être payé de façon privilégiée au regard des autres créanciers de leur copartageant.

**625.** 5° L'ORDRE DU PARTAGE AU REGARD DES PROPRES CREANCIERS DE L'INDIVISAIRE QUI L'EXERCE. — Il faut noter, pour finir, que le prélèvement, en favorisant l'indivisaire qui l'exerce, favorise également ses créanciers personnels, puisque son propre actif est leur gage. Or, en outre de ses créanciers "ordinaires", créanciers d'origine personnelle qui sont sans rapport avec la succession, cela intéresse le créancier successoral, au prorata des droits de l'héritier, et l'étranger créancier à cause de l'indivision. Nous avons déjà eu l'occasion de noter que si ses deux derniers sont, comme nous venons de le voir, défavorisés pour la part de dettes d'un de leur débiteur, c'est pour la protection de la part d'un indivisaire qui est leur débiteur pour sa part. En ce qui concerne le créancier successoral, rappellons que, pour la part prise dans la dette du défunt par l'indivisaire créancier (qui prélève), il bénéficie normalement du privilège de la séparation

des patrimoines, sur la part de biens indivis que prend le même indivisaire. Sauf privilège spécial, le créancier à cause de l'indivision est un créancier d'origine personnelle, et il entre en concours, pour la répartition du reliquat, avec ceux-ci.

**626.** DEFENSE DU PRINCIPE DE DIVISION DES DETTES. — Et répétons, si besoin était, qu'il n'y a aucune raison valable, sauf à sortir du cadre classique du partage-expropriation, pour faire supporter à l'indivisaire créancier qui a exercé le prélèvement la part de dette que son débiteur copartageant n'a pas honorée. Ni le créancier successoral, ni le créancier de l'indivision n'ont d'action contre une personne pour les dettes de ses coïndivisaires.

**627.** CONCLUSION. CONTRARIETE DE CET ORDRE ET DU DROIT POSITIF DU PARTAGE. — Mais cet ordre des paiements n'est pas reçu en droit positif. Les règles élémentaires de l'indivision et du partage, à commencer par son effet "déclaratif", y sont donc tenues en échec. Cela s'explique par ce que cet ordre repose sur un équilibre précis. Il n'est légitime que dans la mesure où, et à condition que seules les obligations strictement inhérentes au contexte d'indivision et de partage entrent en compte de partage pour s'éteindre par compensation. Tous les autres créanciers sont donc soumis au droit commun. Mais cet équilibre est rompu, et l'effet du partage devient injuste dès lors que l'on applique la technique du prélèvement en dehors de son domaine naturel. Il n'est donc pas surprenant que ce soient précisément les doctrines qui élargissent

le champs du rapport, ou qui ne perçoivent pas ses limites, qui trouvent injuste son effet.

### 2) *Analyse des extensions positives erronées du rapport et du prélèvement à des obligations extérieures à l'indivision*

**628.** **DOMAINE DU RAPPORT EN VALEUR ET DU PRELEVEMENT. —** Jusqu'ici nous n'avons fait qu'envisager le champs d'application privilégié dont la théorie du rapport n'aurait jamais dû sortir. La question de la délimitation du domaine naturel d'application de la technique du prélèvement dépend de la résolution de celle de la nature du rapport, dont la compréhension permet de fixer le domaine privilégié. Tels sont, en définitive, l'objet et le problème central de cette thèse. Pour le point de vue que nous défendons, il suffit, pour justifier un rapport, que l'obligation générée ait lieu entre indivisaires et puise sa source dans un flux de valeur dont la masse indivise est au départ ou à l'arrivée. Pour la théorie classique ce ne sont donc pas n'importe quelles opérations qui génèrent des obligations dites nées "à cause de l'indivision" et par là susceptibles, exceptionnellement, mais légitimement, de donner lieu à rapport[33].

**629.** **CAS NON CONTROVERSES. —** Nul ne conteste que les opérations que nous avons envisagées entrent dans le champ du rapport. Et il est des cas dont personne ne discute qu'ils en soient exclus. On se souvient que lorsque nous

[33] Cf. *supra* n°590.

avons abordé la notion de bien indivis nous avions vu, déjà, des cas où l'on invoquait, au sujet des immeubles indivis dont l'un aurait disposé sans l'accord de tous, l'application du rapport sous les espèces de la théorie du prix représentatif de la chose (en ce domaine unanimement repoussée).

**630.** CAS CONTROVERSES. — Mais le trait le plus remarquable des conceptions germanistes est d'étendre outre mesure la technique du prélèvement[34]. La perspective que nous avons développée va nous permettre de nous livrer à une analyse critique précise de cette dérive. Et, vu que le point de vue germaniste est passé en législation, nous nous orientons vers une description critique du régime actuel de l'indivision, en ce qu'il consiste dans une extension inconsidérée du procédé du prélèvement.

**631.** 1° FACULTE DE PRELEVEMENT DE L'INDIVISAIRE CREANCIER SUCCESSORAL. — La première extension notable concerne les dettes contractées par le défunt envers l'un de ses futurs héritiers. La doctrine actuelle tend à y voir l'un des archétypes de la dette rapportable[35]. Il est caractéristique des analyses hétérodoxes d'agréer l'idée que l'héritier puisse prélever lors du partage[36]. D'un point de vue

[34] Pour l'idée qu'un créancier puisse, en tant que tel, prélever, v. aff. Moinet, Ch. réun., 16 janv. 1858, *supra* note 4 sous n° 231.
[35] F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°872.
[36] Il est vrai qu'un usage, mentionné au *Digeste*, permet à l'héritier créancier du défunt de se payer sur la masse avant le partage. Mais le cas doit être interprété avec prudence. Il vise le cas du fils de famille, titulaire d'un pécule, qui a, sur ce pécule, et *sur ordre* du père de famille, contracté une dette (*Dig.* 10.2[*Famil. Erciscund.*].20[*Ulpianus libro non decimo* ad edictum].1 : « Si un fils de famille c'est obligé sur ordre de son père, il doit prélever sur la masse de quoi payer cette dette », trad. Hulot). C'est la comptabilité interne au patrimoine du père de famille qui est ici en cause ; le créancier du père n'aurait pu atteindre le pécule avant que les créanciers du fils ne soient honorés – quant à ceux-ci ils n'ont aucun droit sur le patrimoine du père. Dans l'affaire De Chazelles (l'on y citait d'ailleurs les *Institutes* de Justinien, au sujet du droit dont nous venons de parler), la cour de cassation a refusé à l'héritier créancier du défunt la possibilité de faire entrer sa créance dans les compte de partage (Trib. de Nîmes, 28 mars 1865 ; Nîmes, 22

classique, la dette du défunt se divise *ipso iure* entre les indivisaires. Pour la part successorale du créancier elle ne s'éteint pas en vertu du prélèvement, mais par confusion. Et pour la ou les parts restantes, permettre à l'indivisaire créancier successoral de prélever, c'est lui accorder un privilège indu sur les autres créanciers de ses coïndivisaires[37]. Le prélèvement, en ce cas, semble supposer que si l'indivisaire est créancier du défunt c'est parce qu'il a enrichi le patrimoine du défunt, et par conséquent la masse indivise. De créancier de la succession il devient créancier de l'indivision. Sa créance serait bloquée jusqu'au partage[38]. Cette extension introduit une inégalité flagrante avec l'étranger créancier du défunt et son adoption peut suffire à justifier, en certains cas, que l'on accorde à ce créancier successoral le droit de saisir un bien indivis, ou de prélever.

**632.** **2° FACULTE DE PRELEVEMENT DE L'INDIVISAIRE *SOLVENS* DE LA DETTE PERSONNELLE D'UN INDIVISAIRE. —** La deuxième extension notable de la faculté de prélèvement concerne l'indivisaire *solvens* du créancier personnel d'un autre indivisaire. Cette faculté remonte à la loi de 1976 mais ses linéaments figurent dans une jurisprudence qui accordait ce droit à l'indivisaire qui a payé la dette fiscale de son coïndivisaire[39]. Une telle extension de la faculté de prélèvement

---

fév. 1866 ; Civ., 8 mai. 1867, *D.P.* 67. 1. 309, rap. cons. Nachet).

[37] C'est confondre *qualité* (être indivisaire donne le droit de prélever) et *quantité* (créancier).

[38] V. C. civ. art. 865 (loi du 23 juin 2006).

[39] Aff. Chauvac-Valéry, Trib. civ. Brive, 27 janv. 1938 *D.* 1939.2.53. Un héritier avait, *de ses deniers personnels*, payé les droits de succession dont lui et son cohéritier étaient redevables envers le Trésor. Lors du partage, le notaire avait opéré le remboursement de l'avance versée en retranchant le montant de la somme de la part du débiteur et en l'ajoutant à la part du *solvens*. Et un créancier personnel de l'héritier débiteur s'opposait à ce que l'on diminua la part de son

conduit à comparer la créance au nom duquel il a lieu au droit de propriété lui-même, et l'action récursoire à un accroissement de part[40].

**633.** 3° FACULTE DE PRELEVEMENT DE L'ETRANGER CREANCIER SUCCESSORAL. — La troisième extension concerne le créancier successoral étranger à l'indivision. Son droit de poursuivre le paiement de sa créance en poursuivant un bien indivis remonte à l'arrêt Frécon, mais c'est la loi de 1976 (article 815-17 alinéa 1er du Code civil) qui a étendu à son profit la faculté de prélèvement. Ici il devient difficile de dire s'il s'agit d'accorder à un authentique créancier une dation en paiement (lorsque l'objet du prélèvement serait un bien) forcé (ce qui est

propre débiteur (il souhaitait donc que l'héritier *solvens* exerçât son recours en concours avec lui). Il faut préciser que les droits de succession, à notre sens dette personnelle de l'héritier, sont ici assimilés à des dettes successorales. Le cas est donc celui d'un héritier qui paie de ses deniers personnels le créancier successoral, à la fois pour sa part et pour celle d'un autre. Le partage est homologué. Selon le notaire, cela équivalait, pour le *solvens*, à se rembourser de son avance en "prélevant" la somme "sur la masse partageable, préalablement au partage". D'après les termes envisagés dans le jugement, le *solvens* avait versé la somme "en l'acquit de son (cohéritier…)", et il avait ainsi "avancé" (l'on retrouve l'expression dans l'article 815-17 al. 3 C. civ., loi du 31 déc. 1976) pour son coïndivisaire la moitié des droits. Si la totalité de la dette était de douze quirats, et les biens indivis de dix-huit, ils échoient tous à l'héritier *solvens*. Dans une perspective personnaliste rigoureuse, le cas est clair : le *solvens* est créancier de la masse partageable pour douze quirats (la totalité des droits successoraux), tandis que celle-ci est créancière de l'autre héritier débiteur pour six quirats. Les biens, auxquels s'ajoute la créance, forment une masse active de vingt-quatre quirat. Le *solvens* prélève douze *quirats*, afin d'éteindre sa créance ; la masse ne se compose plus que de biens à hauteur de six quirats et de la créance de six quirats contre le débiteur, dont elle forme le lot, tandis que les biens vont au *solvens*. C'est ainsi que le notaire pouvait considérer, d'une manière moins rigoureuse, que la masse de vingt-quatre (biens de dix-huit et créance de six), était d'abord partagée en deux lots de douze, avant que le lot du débiteur, composé de la créance et d'un bien de six, ne soit amputé de ce dernier, au profit du *solvens*. Bien sûr, d'un point de vue réaliste, la masse ne se compose que de biens de dix-huit quirat, et, soit, si l'obligation n'est pas rapportable, les lots sont de neufs, et il s'agit pour le *solvens* d'exercer son action récursoire en concours avec les autres créanciers du débiteur ; soit l'obligation est rapportable, auquel cas le *solvens* prélève douze quirats, et les six restants se répartissent à égalité entre les deux héritiers. Ce jugement est important à plus d'un titre : pour les droits du créancier successoral (v. *infra* n°646), en particulier son droit de prélever qui lui est reconnu par la loi de 1976 (art. 815-17 al. 1er) ; pour le rapport de la créance de l'héritier *solvens*, spécialement dans le cas de figure du *créancier personnel* (art. 815-17 al. 3), dans la mesure où le *solvens* est créancier de l'indivision pour l'avoir conservée (nous voyons là l'origine de cette catégorie, étendue ensuite au créancier étranger ; cf. Y. Lequette, « Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil », *Mélanges Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, n°9 et 11, pp. 374-375.).

[40] Comp. aussi l'attribution de sa part à celui qui demande le partage ; le prix peut en être versé par un indivisaire dont la propre part est augmentée d'autant (art. 824 C. civ.).

exceptionnel), ou si l'idée est d'ouvrir l'indivision à son profit, en lui accordant une part de la propriété des biens indivis, à hauteur de sa créance.

**634.** 4° FACULTE DE PRELEVEMENT DE L'ETRANGER CREANCIER A CAUSE DE L'INDIVISION. — Mais - c'est la quatrième et dernière extension que nous noterons[41] - la loi de 1976 (article 815-17 alinéa 1er du Code civil) a également accordé la faculté de prélèvement aux étrangers créanciers "à cause de la conservation et de la gestion de l'indivision"[42].

**635.** FONDEMENTS DES CRITIQUES DONT SONT SUSCEPTIBLES CES DISPOSITIONS. — Toutes ces extensions sont aporétiques, elle introduisent des inégalités et donnent lieu à des conflits inextricables entre créanciers et indivisaires[43]. Il est deux manières de les critiquer. Ou bien en tant qu'elles accordent à des créanciers le bénéfice d'un régime dont ils sont normalement exclus (et comme ce régime a aussi des inconvénients, auxquels ses créanciers ne sont pas soumis,

[41] Il faudrait en ajouter une cinquième, la possibilité, pour l'indivisaire du chef duquel le créancier successoral ou de l'indivision poursuit un bien indivis, de rapporter son action récursoire (v. *infra* n°735).

[42] V. *supra* note 39 sous n°632 ; l'important article de Y. Lequette, *op. cit.*, pp. 371-384 ; M. Grimaldi, observation sous affaire Hennessy et Mortemart, Civ. 1re, 3 déc. 1996, Defrénois 1997, n°53, pp. 409-411 ; J.-G. Raffray et J.-P. Sénéchal, « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP* 1985. éd. N.I.129 ; aff. Charli, Paris, 29 mars 1958, *D.* 1958.679 ; aff. Dulière, Civ. 1re, 3 déc. 1996, *Bull. civ. I*, n° 439. Mais il ne s'agit pas de solidarité entre indivisaire, ce qui impliquerait la possibilité pour le créancier de poursuivre pour le tout l'un quelconque des indivisaire *sur ses biens hors indivision* (arrêt Gabillet, Civ. 3ème, 12 mai 1975, *Bull.*, n° 165) ; au contraire, le créancier de l'indivision ne saurait poursuivre un autre indivisaire que celui avec lequel il a contracté (comp. le créancier social face au commanditaire [et la dette provisoirement commune ?] ; v. aussi Romieux, Com., 6 nov. 1968, *Bull.* n°313. V. encore F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°800, note 1 p. 645, qui pose bien la question en comparant prélèvement par étranger et par successeur ; M. Dagot, « L'indivision » (commentaire de la loi du 31 décembre 1976°. *JCP* 1977.I.2858. Il faut envisager l'exorbitance du privilège que la faculté de poursuivre et de prélever donne à l'étranger « créancier de l'indivision », dans son conflit avec les copartageants de son débiteur (et, derrière eux, tous leurs créanciers), avec les créanciers successoraux de son débiteur, et avec les autres créanciers du même.

[43] Exemple : Civ., 5 juin 1849 (*S.* 1849.1.705, *P.* 1865.537). Qu'en est-il, pour ne prendre qu'en exemple, du conflit entre le créancier successoral (auquel on accorde de poursuivre les biens indivis) et l'indivisaire créancier de l'indivision pour une juste cause (qui ne peut que prélever le jour du partage) ?

l'on tend à en soustraire également la charge des épaules de ceux sur qui ils pèsent légitimement). Ou bien en tant qu'elles supposent l'existence, au profit du créancier qui exerce le prélèvement, d'une part de la masse commune.

En somme, lorsqu'il existe, entre deux indivisaires, une obligation à cause de l'indivision, le prélèvement a pour fonction de générer une seconde obligation, entre les mêmes, et en sens contraire, de telle manière qu'elles s'éteignent par compensation. Mais lorsque la reddition de comptes a d'ores et déjà dégagé des obligations réciproques, celles-ci peuvent naturellement s'éteindre par compensation, à hauteur de la plus faible des deux, sans qu'il y ait lieu d'en générer de nouvelles par le prélèvement.

## § 2
## *Compensation d'une créance rapportable contre une autre*

Précisons la nature et les conditions de cette hypothèse avant que d'en donner, avec le cas du créancier successoral, une application particulière.

### A) Le cas général

**636.** L'OBLIGATION RAPPORTABLE N'EST PAS COMPENSABLE AVANT LE PARTAGE. — Une obligation née, entre indivisaires, à cause de l'indivision, ne peut pas être payée, avant le partage et le règlement de compte qu'il comprend. Il est donc naturel qu'une telle obligation ne puisse entrer en compensation avec une autre

obligation, que cette dernière soit, ou non, liée au partage[44]. La condition de réciprocité est parfaitement remplie, mais la compensation n'a pas lieu[45]. Il n'est pas nécessaire d'en appeler à une sorte de personnalisme qui expliquerait l'interdiction de la compensation par l'imputation de l'obligation liée à l'indivision à un compte spécial, et l'interdiction de la compensation par la condition de réciprocité[46].

**637.** **LORS DU PARTAGE L'OBLIGATION N'EST PAS COMPENSABLE AVEC UNE OBLIGATION EXTERIEURE. —** L'obligation née à cause de l'indivision peut s'éteindre lors du partage et du règlement de compte qui précède la composition des lots[47]. Mais alors seule une obligation liée à l'indivision peut entrer en compensation avec elle. Là encore, si l'obligation née à cause de l'indivision a pour réciproque une obligation extérieure à l'indivision et au partage, la compensation ne se produit pas, et ce n'est pas faute de réciprocité[48].

**638.** **CONDITION DE RECIPROCITE ET PERSONNIFICATION. —** Il est certain qu'en règle générale lorsque deux obligations ne sont pas réciproques la compensation ne peut jouer. A l'évidence, si Primus est créancier de Secondus, et Secondus créancier de Tertius, l'on ne voit pas au nom de quoi Secondus refuserait de payer Primus, ou Tertius de payer Secondus. Le Code civil, art. 1289, dit donc

[44] Aff. Delquié (Trib. de Toulouse, 7 mars 1840 ; Toulouse, 4 janv. 1850 ; Civ., 29 nov. 1852, *D.P.* 52.1.326) : De Chazelles (Civ., 8 mai. 1867, *D.P.* 67. 1. 309, rap. cons. Nachet).
[45] Affaire De Chazelles précitée.
[46] Sur cette dérive, cf. *supra* n°473.
[47] Cf. aff. P. Durand, Civ. 1re, 10 déc. 1968, *D.* 1969. 165.
[48] Cf. aff. Arnaudin, Civ. 1re, 25 févr 1997 (et non 1983 ou 26 fév. 1998 comme on l'indique parfois), non publié au *Bull.*, *Dr. et patrimoine* 50 (juin 1997), 80-81, arrêt n° 398, obs. Bénabent, Juris-Data n° 000858 (cassation partielle de Poitiers, 16 mars 1994) ; aff. Delquié (Trib. de Toulouse, 7 mars 1840 ; Toulouse, 4 janv. 1850 ; Civ., 29 nov. 1852, *D.P.* 52.1.326).

bien que la compensation qui éteint les deux dettes s'opère «lorsque *deux personnes* se trouvent débitrices l'une envers l'autre » (nous soulignons)[49]. On dit parfois qu'il faut que les dettes soient croisées[50], si la relation est triangulaire, elles ne le sont plus. Mais il ne faut pas induire systématiquement, de ce que la compensation ne joue pas, que les obligations ne sont point réciproques. C'est pourtant ce raisonnement qui fait douter, dans certaines hypothèses, de ce que l'on est bien devant un rapport entre deux personnes et qui conduit à en supposer une troisième, l'indivision en l'occurence. Les choses sont alors présentées de telle sorte que la condition de réciprocité étant posée, la difficulté semble provenir d'une incertitude quant aux notions de personne juridique, de patrimoine et de sujet de droit.

**639.** **LA CONDITION DE RECIPROCITE. —** Nous sommes en réalité devant un cas où c'est une analyse insuffisante du droit des obligations qui provoque des bouleversements dans les notions fondamentales. Le cas qui nous occupe relève directement de l'étude du mécanisme de la compensation. La difficulté y prend sa source. En réalité, nous avons déjà eu l'occasion de noter que la compensation peut se produire tandis que la condition de réciprocité n'est pas parfaitement remplie[51]. Dans le cas d'un père qui a l'administration légale des biens de son

[49] Il est question parfois, pour passer outre, de *compensation conventionnelle*. De telles opérations évoquent fortement soit une dation en paiement pour autrui (avec subrogation) soit la cession de créance.
[50] Cf. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations,* vol. 6 du *Cours de droit civil*, 10ème éd., Paris : Cujas, 1999, n°1068, p. 641 ; A. Bénabent, *Les obligations,* vol. *du Droit civil,* coll. Domat-droit privé, 7ème éd., Paris : Montchrestien, 1999, n°819, p. 511.
[51] Cf. *supra* n°481 et 482.

fils, une tierce personne qui est à la fois créancière du père et débitrice du fils, se verra opposer par le père son débiteur sa propre dette envers le fils. De même d'un tuteur qui voudra compenser sa dette envers un tiers avec la créance de son pupille sur ce tiers[52]. La réciprocité n'est donc pas la condition absolue que l'on croit[53]. Et inversement, la condition de réciprocité peut être remplie sans que la

[52] En vérité le cas est difficile et nécessiterait d'étudier de plus près l'administration légale et la tutelle. Dans le cas du mari débiteur du créancier dotal, Duranton voyait dans le droit du mari de poursuivre les débiteurs des biens dotaux (article 1549 alinéa 2 du Code civil, de 1804 à 1965) la raison pour admettre qu'il invoque la compensation : « Le motif sur lequel la compensation est fondée celui d'éviter des traditions inutiles, a absolument la même force dans ces cas que dans les autres ; car, si le tiers payait sa dette au mari, ainsi qu'il le devrait, ou si le mari payait la sienne au tiers, celui qui aurait reçu serait obligé de rendre aussitôt à l'autre les mêmes choses pour se libérer[52] » (Duranton, 4ème éd., Paris, 1844, vol. 12, n°415, p. 525) ; *pro* H. Tessier, *Traité de la dot, suivant le régime dotal établi par le Code civil et conférence sur cette matière, du nouveau droit avec l'ancien*, Paris : Nève, 1835, II, p. 133, texte et note 832. N'omettons pas d'évoquer le cas du mandataire qui invoque une obligation dont est titulaire son mandant, ni non plus les problèmes de faillite ou de cautionnement.

[53] On a parlé de la réciprocité comme d'une « condition fondamentale » de la compensation, du « critère essentiel de délimitation (de son) champ », de son « cadre opératoire », participant de « sa définition même », et, n'ayons pas peur des mots, de « son essence » (D. Martin, v° Compensation, *Jurisclasseur-Civil*, n° 8). H., L. et J. Mazeaud, *Obligations, théorie générale* (t. 2/vol.1 des *Leçons de droit civil)*, 9ème éd. par F. Chabas, Paris : Montchrestien, 1998, n°1147, p. 1185, y voit une « condition évidente » ; n°1297, pp. 1158-1159 : « Cette première condition procède de la définition même de la compensation. » ; R. Mendegris, *La nature juridique de la compensation*, thèse Grenoble, préface P. Catala, Paris : LGDJ, 1989, n°13, p. 37 : « Ripert et Boulanger, lui font une place à part, et soulignent qu'elle est de l'essence même de la compensation. Elle est, écrivent-ils, « impliquée par la définition de l'institution ». Il semble bien, en effet, que la réciprocité ne doive pas être mise au rang des autres conditions plus ou moins artificielles telles que la liquidité ou l'exigibilité. Cette attitude est, d'ailleurs, directement suggérée par les rédacteurs du Code eux-mêmes, qui l'incluent dans la définition même de la compensation, alors qu'ils consacrent un article à part aux autres conditions. » Et n°14, p. 37 : « La réciprocité est considérée, le plus souvent, comme l'une des conditions de la compensation, condition dont on souligne, parfois, le caractère évident ou encore nécessaire. Ce faisant, il ne semble pas qu'on lui donne, pourtant, sa véritable place. La réciprocité, en effet, est l'un des deux caractères fondamentaux sans lesquels la compensation ne pourrait se concevoir. Elle participe de l'essence même de ce mode d'extinction. Elle permet de le différencier des autres causes énumérées par l'article 1234. Dès lors, on comprend que la réciprocité ne puisse être mise au rang des autres [38] conditions. La liquidité et l'exigibilité, prévues par l'article 1291, ont été édictées par les rédacteurs du Code parce que ceux-ci ont voulu donner à la compensation le caractère d'un mécanisme abstrait et automatique, dans le jeu duquel la volonté des parties en cause doit avoir aussi peu de place que possible. Mais, ce sont, tout de même, des conditions artificielles, en l'absence desquelles la compensation demeure concevable. Pour s'en persuader, il suffit de se référer aux législations étrangères, allemandes et italiennes en particulier. Plus convaincant même, sera, à cet égard, l'examen des libertés de plus en plus grandes que la jurisprudence française prend dans l'application de ces conditions. La réciprocité, au contraire, est l'un des éléments de base de l'institution. Elle permet, en tous cas, d'assigner à la compensation une limite au-delà de laquelle ce mode particulier d'extinction ne saurait trouver place. Elle peut, dès lors, être utilisée comme critère dans la distinction compensation-payement. »

compensation ne se produise[54]. Nous ne pensons pas au cas tellement délicat de l'héritier bénéficiaire, d'un côté créancier d'un créancier du défunt, de l'autre héritier de la dette de ce dernier, mais à celui de l'indivision, qui trouve des analogies en droit des sociétés[55] et dans le droit des régimes matrimoniaux[56].

### B) Le cas particulier du créancier successoral. La compensation lors du partage et la poursuite d'un bien indivis

**640.** ANALYSE CRITIQUE DU DROIT DE SAISIR UN BIEN INDIVIS. — Le stade de développement de nos arguments où nous sommes parvenus nous permet de proposer une analyse critique, et selon des termes classiques, du droit, exorbitant du droit commun, reconnu, en droit positif, aux étrangers créanciers du défunt et créanciers de l'indivision (et récemment, pour ce dernier, membre de l'indivision[57]), de saisir et de faire vendre un bien indivis. La démonstration du caractère injuste de cette disposition est liée à son analyse en des termes qui ne fassent pas appel à la notion de fiction de personnalité ou de patrimoine

[54] Cf. *supra* n° 483 et 485.
[55] En droit des sociétés il y a difficulté à propos de l'associé et de la personne morale, ou à propos du gérant pris personnellement et de la société qu'il dirige, ou, au sein d'un même groupe, entre société mère et filiale, ou encore entre sociétés «sœurs».
[56] L'interposition de l'indivision n'empêcherait pas les dettes de deux successeurs de se compenser l'une l'autre, alors que les dettes de deux époux envers la communauté, elles, ne se compenseraient pas. De plus, le cas se pose de compenser une obligation entre indivisaires avec une obligation entre l'un des indivisaires et l'indivision, tandis qu'en droit matrimonial, c'est la même configuration, avec la communauté à la place de l'indivision. Enfin au regard des tiers, ces deux institutions présentent des cas intéressants : ainsi en droit matrimonial, une obligation propre à un époux pourrait se compenser avec une obligation commune, sauf si l'autre conjoint en était à l'origine.
[57] V. Bracco, Civ. 1re, 20 févr. 2001 (pourvoi c. Aix-en-Provence 20 févr. 1998), *Bull. civ.* I, n° 41, *D.* 2001.906 (IR), *Rtd civ* 2001.642, n° 3, obs. J. Patarin, *JCP* 2001. éd. G. I.358, n° 5, obs. H. Périnet-Marquet, *Rtd civ* 2001.916, n° 2, obs. T. Revet.

d’affectation. La compensation, lors du partage, peut expliquer le processus en des termes classiques.

**641.** **DESCRIPTION DU PROCEDE EN TERME DE COMPENSATION. —** La compensation éteint deux obligations réciproques en mettant en relation, dans les comptes d’une personne, une dette et une créance. C’est le cas ici. L’indivisaire poursuivi met en relation, lors du partage, une dette et une créance, toutes deux nées à cause de l’indivision.

**642.** **LA DETTE DE L’INDIVISAIRE POURSUIVI ATTRIBUTAIRE DU BIEN SAISI. —** Le premier terme de cette affectation est la dette de l’indivisaire poursuivi, née, à sa charge et envers ses coïndivisaires, de ce qu’il est l’attributaire du bien saisi. Car selon la théorie classique, un bien ne peut faire l’objet d’une vente ou d’une adjudication dont le créancier du prix soit certain, sans sortir de l’indivision. Si le créancier successoral ou si le créancier de l’indivision peuvent, du chef d’un indivisaire, poursuivre la saisie et la vente du bien, et s’en voir attribuer le prix de vente, c’est nécessairement que ce bien est attribué, avant le partage, à cet indivisaire. Dès lors, une dette est née au passif de cet indivisaire attributaire, envers ses coïndivisaires, au prorata des droits de ceux-ci. C’est une dette considérée, par la force de la loi, comme née à cause de l’indivision. Elle entre par conséquent en compte lors du règlement préalable à la composition des lots. Autrement dit, l’indivisaire poursuivi est tenu de rapporter en valeur le bien objet de la saisie.

**643.** **La creance de l'indivisaire *solvens* du creancier poursuivant.** — Le second terme de l'affectation est la créance qui nait à l'actif du compte de l'indivisaire contre ses mêmes coïndivisaires, du fait que, poursuivi pour la totalité de la dette, il en a payé en partie sa part et en partie celle des autres. Dans cette dernière mesure, subrogation personnelle ou autre explication, il bénéficie, en tant que *solvens*, d'une action récursoire. Sa créance est considérée, ici aussi par la seule force de la loi, comme née à cause de l'indivision. C'est ainsi que l'on étend indument le rapport à l'indivisaire *solvens* d'une dette du défunt ou d'une dette née à cause de l'indivision. Sa créance entre également en compte.

**644.** **Le rapport, instrument de la distinction des poursuites et de la contribution.** — Dans le compte de l'indivisaire concerné, dette à cause de l'attribution du bien saisi et créance à cause du paiement se compensent naturellement en priorité. Et c'est ainsi que le compte de partage et le rapport deviennent, en droit positif, les instruments de la distinction des poursuites et de la contribution. Et il n'y a pas besoin de parler d'un prélèvement exercé par l'indivisaire créancier sur la créance qu'ont ses coïndivisaires contre lui. C'est ainsi par une double extension de la théorie du rapport que s'analyse, sans se justifier, le régime du créancier de l'article 815-17.

**645.** **Autre explication. L'indivisibilite hypothecaire.** — La théorie classique de la cession des quotes-parts explique les choses par l'indivisibilité hypothécaire. Déjà Pothier admettait que le créancier successoral puisse

poursuivre la réalisation de sa créance sur un bien indivis. L'indivisibilité de son gage lui serait inopposable[58].

**646.** **CONDAMNATION DE CETTE EXPLICATION. —** Mais cette analyse est démentie par les solutions positives. La prime version de cette théorie serait que le créancier successoral ne poursuive chaque indivisaire qu'au prorata de sa part de dette, et ne saisisse que la part que celui-ci prend dans le prix du bien[59]. Or, en droit positif le créancier peut poursuivre un seul des indivisaires, quand bien même ce dernier aurait d'ores et déjà honoré sa part de dette[60]. L'idée serait donc

[58] Selon cette analyse des droits du créancier successoral, dans l'affaire Frécon (Req., 24 déc. 1912, v. note additionnelle en annexe), si l'on considère la dette d'Auguste Frécon envers sa belle-fille, il y avait eu division (trois parts de 6 q*uirats*) et poursuite par dame Frécon de chaque lot composé de 12 *quirats* (dans ce système, le rapport n'intervient qu'ensuite du partage). Donc concours entre le créancier successoral et le créancier du rapport. Le droit du créancier successoral s'analyse comme « un super-privilège », sur le lot de chacun de ses débiteurs. 3ème attendu de l'arrêt Frécon : « le gage, dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant, continue, même après son décès, et ce jusqu'au partage, de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité tout entière », ce qui peut encore être vu comme un cas d'action du chef de la part de dette de Gustave Frécon. Tissier sous Rolland (Civ., 10 juill. 1893), p. 179 col. 3 et 180 col 1-2 : « Nous ne croyons pas, quant à nous, que la saisie des biens indivis doive être d'un grand secours dans l'hypothèse où des cohéritiers ont des prélèvements à exercer. » Les héritiers « peuvent hâter le partage, et même, sans faire le partage, quand il leur suffit, pour arrêter la poursuite, de payer au créancier leur quote-part dans la dette ? Il est certain, en effet, au cas de poursuite sur les immeubles, que, si un des héritiers paye au créancier sa part dans la dette, il arrêtera la poursuite du créancier ; on retombe alors dans l'hypothèse même de la règle de l'art. 2205, et la vente ne peut avoir lieu avant le partage à cause des dangers que présenterait en pareil cas l'effet déclaratif du partage à venir (*Sic*, Pont, *Expr. forcée*, art. 2205, n. 10). En cas de poursuite sur les meubles, s'il y a des prélèvements à exercer, la majorité des cohéritiers n'autorisera pas la vente, et n'usera par des droits qui lui donne l'art. 826 ; et ici encore, ceux qui ont des prélèvements à exercer s'empresseront de payer au créancier leur part dans la dette pour soustraire les biens à son action. Bien plus, alors même que la vente aurait eu lieu, les héritiers qui auront droit au prélèvement pourront toujours intervenir dans l'ordre ou dans la distribution par contribution, y démontrer que leur cohéritier n'a rien à recevoir, et soutenir que leur part dans la dette payée, le prix des biens doit leur être exclusivement attribué. En un mot, la poursuite sur les biens indivis ne servira à rien, parce que les héritiers qui ont des prélèvements à exercer arriveront toujours à l'arrêter en payent leur portion de dette, et en se faisant attribuer les biens laissés par le défunt (Comp. Deschamps ; *loc. cit.*). » Et p. 180 col. 3ème : « situation des créanciers héréditaires (…) sans remède sérieux » ; d'où le droit positif. P. de Loynes, p. 6 : problématique classique : droit d'action du créancier successoral contre les biens héréditaires ; peut-on négliger division des dettes et « relations existant entre les héritiers ? » ; intérêt question dans le cas du rapport en moins prenant.

[59] M. Grimaldi en soutient la seconde version, lorsqu'il dit que « naturellement, étant tous détenteurs, ils (les indivisaires) doivent être tous assignés » (*op. cit.*, n°614, p.568).

[60] C'est pourquoi, tandis que l'héritier qui paie un créancier personnel arrête la demande en partage engagée par celui-ci, l'héritier poursuivi ne peut pas, comme on l'a cru « arrêter les poursuites en payant (sa) quote-part dans la dette » de ses deniers propres (H. Capitant,

que le bien saisi est attribué, par *cession translative de droits*, à l'indivisaire poursuivi. Par conséquent, le créancier successoral pourrait encore réclamer à l'indivisaire poursuivi le paiement des dettes d'autrui dont se trouve grevé le bien. Mais dans cette explication il ne le pourrait, si nous comprenons bien, qu'au prorata des droits successoraux du débiteur principal dans l'immeuble. Or, en droit positif, le créancier peut réclamer le paiement de l'entièreté de la part de dette d'un indivisaire, sur la totalité du prix du bien. Comme cette explication est démentie, il ne reste plus en lice que l'analyse personnificatrice promue par le courant germaniste, qui défend cette solution, et l'analyse réaliste que nous défendons, qui la critique.

**647.** CONCLUSION. INEGALITE DE L'ETRANGER ET DU MEMBRE DE L'INDIVISION. — Quoi qu'il en soit, il résulte de ce régime qu'il vaut mieux être créancier du défunt étranger que membre de l'indivision. En effet, la logique du système semble faire passer l'étranger avant le membre. L'étranger peut poursuivre la saisie d'un bien indivis, tandis que le membre peut seulement le prélever préalablement au partage. En somme, le droit de prélever et de saisir est accordé à l'*étranger* créancier du défunt ou de l'indivision. Et comme le droit de prélever est reconnu à l'indivisaire créancier du défunt ainsi qu'à celui créancier de l'indivision, la seule incertitude ne concerne plus que la possibilité, pour un créancier membre

« L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 26), ce qui contraindrait le créancier à déclencher de nouvelles poursuites contre un autre héritier.

de l'indivision, 1° de poursuivre son coïndivisaire, 2° en saisissant un bien indivis. La jurisprudence semble en passe de lui accorder ces deux possibilités.

**648.** **CONFLUENCE DE L'INDIVISION SUCCESSORALE, DE LA COMMUNAUTE ET DES SOCIETES (BIS). —** C'est cet état actuel du droit de l'indivision qui conduit à faire le rapprochement avec les sociétés et la communauté entre époux, là où, pour des raisons toutes autres, l'évolution du droit a abouti au même résultat. En droit successoral il est anormal que le créancier successoral ou de l'indivision puisse saisir un bien indivis, mais il est naturel, lorsqu'il saisit un bien propre, qu'il ne le puisse pas plus que pour la part de dette de l'indivisaire. Quant au créancier personnel, il doit attendre le partage. Prises ensemble, ses règles donnent l'impression que les biens indivis forment, comme les biens sociaux pour le créancier social, le gage privilégié des créanciers de l'indivision et de la succession, tandis que les biens propres, comme ceux personnels aux associés, forment le gage exclusif des créanciers personnels. Or, en droit des sociétés et en droit matrimonial, c'est le contraire qui s'est produit. S'il est normal que le créancier social ait le droit de saisir un bien commun, c'est à cause de l'influence du même courant doctrinal germaniste et personnificateur que les créanciers personnels ont été exclus de ce droit[61].

[61] La personne du défunt survivrait jusqu'au partage pour les besoins du paiement des créanciers, de même que la personnalité morale de la société dissoute peut survivre pour les besoins de sa liquidation. D. Bastian, « La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation », *Journal des sociétés*, 1937, pp. 1 et s. et pp. 65-89, fait la comparaison dans l'autre sens, reprochant au droit successoral (droit civil) d'avoir envahis le droit des sociétés (droit commercial). En bonne règle il faudrait comparer le régime de l'indivisaire créancier à cause de l'indivision, qui ne peut être payé que par le partage, et le régime de l'associé dans la société en participation (occulte), qui ne peut non plus réclamer sa créance avant le règlement des comptes.

## Section 2
## La reprise du cours normal du partage

**649.** LES OBLIGATIONS SUBSISTANTES ENSUITE DU REGLEMENT DES COMPTES. — Il faut, ensuite du règlement des comptes, distinguer deux cas. Soit toutes les obligations nées à cause de l'indivision se sont éteintes en vertu de la compensation, soit il en subsiste :

1° les obligations nées à cause de l'indivision sont toutes éteintes. S'il reste encore des bien présents à partager, le rapport en valeur est terminé et pour le restant le partage reprend son cours normal[62], ainsi que nous l'avons précédement expliqué[63].

2° il subsiste des obligations nées à cause de l'indivision. S'il subsiste une obligation entre indivisaires cela peut signifier que les biens présents réellement dans l'indivision n'ont pas suffit à l'exercice des prélèvements, ou bien même qu'il n'y en avait pas. Cela peut signifier aussi que, dans la compensation entre obligations, l'une était plus élevée que l'autre. Ce dernier cas est plus intéressant pour nous et il invite à distinguer les dettes dues aux libéralités rapportables en valeur et les autres dettes.

[62] Article 831 du C. civ.: "Après ces prélèvements, il est procédé, sur ce qui reste dans la masse, à la composition d'autant de lots égaux qu'il y a d'héritiers copartageants, ou de souches copartageantes."
[63] Cf. *supra* n°606 et 607.

## § 1
## *Dette due à une libéralité rapportable en valeur*[64]

**650.** MAINTIEN DE LA LIBERALITE POUR LE SURPLUS. — Le rapport en valeur des libéralités vise avant tout à interdire au gratifié de cumuler sa libéralité avec la part à laquelle il pourra prétendre sur les biens indivis en tant qu'héritier *ab intestat*. Lorsque la valeur d'une libéralité rapportable est inférieure au montant de la part *ab intestat* du gratifié, son lot est complété de valeurs figurant dans la masse partageable. Mais si une dette subsiste, cela veut dire que la valeur de la part successorale *ab intestat* du gratifié est inférieure au montant de ce qui lui a été transmi en avancement d'hoirie. Autrement dit, la valeur de la libéralité a outrepassé la valeur du lot à laquelle, compte tenu de la masse partageable et de la part idéale du gratifié, celui-ci pourrait prétendre. En ce cas il faut observer que si ses coïndivisaires pouvaient lui réclamer le paiement de cette fraction qui dépasse sa part, cela résoudrait la libéralité. Ce n'est pas ce qu'a voulu le défunt. Le rapport en valeur maintient la libéralité, de sorte que le gratifié, en acceptant la succession, puisse éventuellement y gagner, sans jamais pouvoir y perdre[65].

**651.** SPECIFICITE DU RAPPORT EN VALEUR DES LIBERALITES. — C'est là le trait distinctif du rapport en valeur des libéralités au regard du rapport en valeur pris en général, et du rapport des libéralités en nature (qui peut s'exécuter en valeur)[66]. Peut-être, comme on le dit, le champ d'application de la théorie du

[64] V. C. civ. art. 829 ancien et désormais 843 à 845 (loi du 23 juin 2006).
[65] Cf. C. civ. art. 857 (inchangé par la loi du 23 juin 2006).
[66] Cf. R.-J. Pothier, *op. cit.*, t.8, p. 177, et *supra* n°552 et s.

rapport s'est-il étendu au rapport des dettes à partir du domaine plus précis du rapport des libéralités[67]. Sans doute, en tout cas, le rapport en valeur des libéralités et le rapport des dettes partagent-ils fondamentalement la même technique. Mais nous tenons là un critère distinctif important.

**652.** AUTRE HYPOTHESE. LA REDUCTION DES LIBERALITES. — Cela n'exclut pas, bien entendu, lorsqu'il y a des héritiers réservataires, et si la libéralité rapportable en valeur porte atteinte à leur part réservée, qu'en ce cas la libéralité soit susceptible d'une action en réduction[68]. Mais il s'agit d'un aspect du droit successoral qui concerne tout autant les libéralités préciputaires, celles d'un héritier non appellé ou renonçant, comme celles dont bénéficient les étrangers. La discussion des problèmes qui se posent nous éloigneraient de notre sujet[69]. En outre, entrer plus

[67] A. Colin et H. Capitant, 7ème éd. en collaboration avec L. Juilliot de La Morandière, Paris : Dalloz, 1932, t.3, n°732, note 1, p. 576 et n°760, p. 606 ; A. Rouast, « Du droit de préférence résultant du rapport des dettes », *Rtd civ.* 1911, p. 700 et note 1 ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5ème éd., Paris : Arthur et Rousseau, 1911, pp. 895-898 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t.6 (1876), § 627, note 3, p. 604 ; A.-M. Demante, *op. cit.*, t.3 (1885), n°174, p. 281.

[68] V. l'aff. Beck, Civ. 1re, 17 déc. 1991, Bull. civ. I, n° 355, compensation judiciaire entre créance de réduction et dette ordinaire entre deux héritiers.

[69] Les prélèvements effectués, le surplus de biens indivis se répartit entre les héritiers au *prorata* de leur part. Mais qu'en est-il de l'héritier dont la libéralité rapportable en valeur excède la part dans la masse partageable, de telle sorte que la masse indivise s'épuise avant que les autres n'aient achevé d'opérer leurs prélèvements ? On peut même formuler l'hypothèse où la masse partageable est composée exclusivement du bien rapporté (en valeur). Dans un tel cas il est clair que rien, aucun bien, ne peut répondre aux velléités de prélèvement des cohéritiers du gratifié. Tel est exactement le cas qui s'est posé devant la Cour de cassation le 17 décembre 1991 : la succession ne comprenait que les biens donnés à l'un des héritiers (Civ. 1re, 17 déc. 1991, *BC* I, n° 355. Cité par D. Martin). On pourrait imaginer qu'ici l'héritier tenu au rapport devient débiteur (mais alors, authentiquement) d'une somme envers ses cohéritiers qui leur permette d'obtenir leur part. S'il y a deux héritiers dont l'un a bénéficié d'une donation de 24 *quirats*, s'il n'y a aucun autre bien, celui soumis au rapport deviendrait débiteur de 12 *quirats* envers l'autre auquel tout prélèvement est impossible. A noter que nous serions là devant une authentique obligation, née du partage, très distincte du devoir de rapporter auquel le copartageant était soumis, et qui pourrait se traduire par le prélèvement. Et l'on pourrait se demander si la dette du gratifié tenu au rapport est de nature telle qu'elle permette aux héritiers créanciers de supplanter ses créanciers personnels, ne serait ce au moins sur le bien successoral objet de la libéralité — sans que le conflit avec les créanciers du défunt ne puisse, nous semble-t-il, tourner au profit des premiers. Telle serait l'analyse à donner lorsque la masse indivise ne suffirait pas à rétablir l'équilibre entre héritiers. Situation très nettement distincte de celle résultant immédiatement du rapport. Cependant cette vision est à corriger. L'acte générateur du rapport demeure une

avant dans ces questions exigerait de traiter des libéralités, en particulier des donations-partage.

## § 2
## *Autres dettes*

**653.** PERSISTANCE DE L'OBLIGATION AU-DELA DU PARTAGE. — Au contraire des dettes dues à une libéralité rapportable en valeur, l'on ne peut imaginer, en cas de

---

libéralité et le cas se résout en réalité dans les termes classiques du conflit entre héritiers *ab intestat* et donataire ou héritier testamentaire. Tant que les cohéritiers du gratifié peuvent prélever quelque chose sur la masse indivise, l'avancement d'hoirie s'impute sur la part successorale *ab intestat* du gratifié. *Mais au-delà la libéralité retrouve sa nature*. C'est pourquoi la question ne se pose plus qu'en présence d'héritiers réservataires ; c'est moins de rapport que de réduction qu'il s'agit alors.
Si les héritiers auxquels le rapport était dû n'étaient pas réservataires, la portion de la libéralité qui dépasserait la part successorale du gratifié et qui empiéterait sur celles des autres serait traitée comme n'importe quelle libéralité en ce cas.
Lorsqu'il y a des réservataires la libéralité est imputée sur leur part réservée, ce qui signifie qu'il y a lieu à réduction, ce qui génère, autrement dit, une obligation du gratifié envers les réservataires.
La pratique notariale a suggéré de modifier un peu l'ordre des opérations afin de tenter malgré tout de rétablir au mieux l'équilibre rompus par la libéralité. Dans le cas où il y aurait des biens indivis, certes insuffisants, mais tout de même susceptibles de répondre ne serait ce que partiellement aux prélèvements, les héritiers commencent *en principe* par effectuer ces prélèvements et ce n'est que pour le restant que l'on se pose la question de la réduction de la libéralité. De cette façon, si réserve il y a elle est d'ores et déjà comblée, au moins en partie, par les biens prélevés, ce qui réduit d'autant la dette de réduction susceptible de peser sur l'héritier soumit au rapport. En effet, la réserve une fois remplie, il est hors de question de porter atteinte à la quotité disponible (et, par là, à la liberté de tester) en réduisant la libéralité. Voilà précisément ce que suggèrent, *contra legem*, les notaires, en parlant d'imputer d'abord sur la réserve la libéralité rapportable. C'est confondre rapport et réduction. De cette façon le rapport, à hauteur de la réserve, se traduit d'entrée en une dette de réduction de la libéralité, ce qui augmente les chances que l'égalité *ab intestat* soit rétablie. Car les biens indivis seront imputés en quelque sorte sur la quotité disponible. Cette dangereuse acrobatie serait permise lorsque le *de cujus* lui-même en aurait décidé ainsi (sur le conseil de qui ?) (L'art. 864 C. civ. tel qu'il résulte de la loi du 3 juillet 1971 dit que « La donation faite en avancement d'hoirie à un héritier réservataire qui accepte la succession s'impute sur sa part de réserve et, subsidiairement, sur la quotité disponible, s'il n'en a pas été autrement convenu dans l'acte de donation. » Comment la question de l'imputation sur la réserve ou sur la quotité disponible pourrait-elle se poser en ce qui concerne l'héritier réservataire gratifié ? Nous avouons ne pas comprendre, tout en sachant bien que les notaires parlent de « réserve globale ». Pour plus d'éclaircissement peut-être v. Duchange, *JCP* éd. N 1991.I.373 (clause d'imputation sur la réserve globale).). Dans l'acte de donation ou dans son testament le *de cujus* pourrait donc libérer la quotité disponible en précisant qu'il veut que le legs ou le don qu'il fait à l'un de ses héritiers s'imputera prioritairement sur la réserve des autres. C'est faire dire au *de cujus* qu'il entend que la libéralité soit source d'obligation pour le gratifié envers les autres. Mais laissons cette curiosité ; il demeure que la réduction se résout en obligation.

rapport des dettes, que l'appropriation exclusive à laquelle a procédé un héritier, que le profit qu'il a retiré ou la perte qu'il a entrainée, toutes causes qui donnent lieu, nous l'avons vu, à un rapport, puissent lui rester acquises pour ce qui dépasserait la part à laquelle il a droit. Lorsque la valeur à rapporter excède celle du lot du gratifié, l'excédant se traduit donc en obligation.

**654.** **COMPARAISON DES ANALYSES CLASSIQUES ET PERSONNALISTES. —** Il n'est plus qu'à considérer qu'une obligation entre indivisaires devient, au sortir du partage, certaine, liquide et exigible. L'analyse personnaliste aboutit finalement au même. Elle part de l'idée qu'il ne reste plus à partager, à l'actif de la masse, qu'une créance contre un indivisaire. Ou bien qu'une dette d'un indivisaire contre celle-ci demeure. Chaque indivisaire, y compris celui qui est titulaire de l'obligation, prend sa part de la créance ou de la dette, de même que si l'obligation se divisait.

**655.** **RAPPROCHEMENT DE L'OBLIGATION SUBSISTANTE ET DE LA SOULTE. —** Quoi qu'il en soit, les obligations qui, en ce cas, se dégagent du compte du partage, ont le sens de soultes. La logique du processus est similaire. Sauf que la soulte résulte de déséquilibres entre des attributions faites le jour du partage, alors qu'ici le déséquilibre est dû à des opérations qui ont anticipé sur lui. Mais surtout ce sont des soultes dont rien ne peut plus venir garantir le bon paiement.

**656.** **ATTEINTE A L'EGALITE DU PARTAGE. —** L'indivisaire créancier au sortir du partage peut poursuivre son copartageant. Et l'obligation dégagée par le partage peut alors enfin se compenser avec une autre obligation, extérieure à l'indivision

et au partage, que les indivisaires auraient entre eux. Mais tout dépend, en fait, de la solvabilité du débiteur. Il est certain que si ce dernier ne peut pas payer, l'égalité entre héritiers est rompue. Si Primus s'approprie, avant le partage, la totalité de la masse, il doit la rapporter et s'endette pour moitié envers son coïndivisaire Secondus. Si, au sortir du partage, il ne peut pas payer, s'il est insolvable, et s'il a dilapidé toute l'avance prise par lui sur le partage, ou même, plus simplement, s'il a d'autres créanciers, en plus de son copartageant, et que ce dernier doive subir la loi du concours avec ceux-ci (le copartageant créancier rejoint les autres créanciers de son ex-coïndivisaire et c'est un créancier d'origine personnelle), il se passera qu'en réalité, sur une succession évaluée à trente-six, qui laissait espérer une part de dix-huit, Secondus n'aura rien. Tel sera le résultat du rapport, qui lui a fait perdre pendant l'indivision son droit de propriété (et, avec ce droit, la seule garantie d'avoir sa part) et qui l'a converti en une créance contre son copartageant.

**657.** **ATTEINTE AU DROIT DES CREANCIERS DE L'INDIVISAIRE CREANCIER DU RAPPORT. —** L'héritier créancier aura eu, dans la mesure où sa créance reste impayée, une part réelle inférieure à sa part successorale idéale. Ses propres créanciers en pâtissent. Comme dans le cas d'une soulte impayée, le créancier de l'indivisaire pâtit de la rupture, en fait, de l'égalité des lots. Si nous avons vu précédemment que le rapport peut nuire aux intérêts des créanciers de l'héritier qui doit le rapport, nous voyons maintenant que l'opération peut aussi bien surprendre les créanciers

de l'héritier auquel le rapport est dû. Il y a seulement que ce dernier cas est plus grave. Parce que dans le cas de l'héritier qui épuise sa part dans un rapport, l'égalité du partage est respectée. Ici elle ne l'est plus. Par conséquent il y a atteinte, avec les droits de l'héritier, aux droits de ses créanciers. L'on perçoit de ce point de vue tout le danger de l'opération.

**658.** Le droit de demander le partage. — Pendant l'indivision, le rapport, déjà, nuit aux coïndivisaires de l'héritier qui s'endette, et à leurs propres créanciers, et il nuit aux mêmes lorsque l'obligation ne s'éteint pas dans le partage. Pendant l'indivision les indivisaires créanciers, et leurs créanciers, demeurent contraints par l'insaisissabilité de la masse indivise, et en outre la créance des indivisaires n'est pas exigible avant le même partage. Cela signifie que l'un des indivisaires peut par exemple s'approprier une partie de la masse, et que la créance qui en résulte contre lui étant bloquée, cet actif va entrer dans le gage exclusif des autres créanciers de l'indivisaire qui accapare. Autrement dit, si les indivisaires créanciers du rapport ou leurs propres créanciers ne souhaitent pas voir l'actif indivis leur échapper et courir le rique d'être finalement, après le partage, créanciers d'un indivisaire insolvable, leur recours est de demander le partage au plus vite. C'est alors que les atteintes judiciaires à la règle du droit au partage représentent un réel danger.

*Conclusion du chapitre*

**659.** COMPARAISON DES DIFFERENTS CAS DE FIGURE. — Des trois hypothèses de compensation par prélèvement, de compensation par moins prenant et de soulte, les deux premières sont les plus rassurantes pour les indivisaires, car l'indivision leur sert en quelque manière de gage[70]. La dernière se détache, car dans ce cas les héritiers vont réclamer le paiement d'une dette à l'un d'entre eux, sans être du tout certain d'être satisfaits.

**660.** L'INEXIGIBILITE, JUSQU'AU PARTAGE, DE L'OBLIGATION A CAUSE DE L'INDIVISION. — Le phénomène essentiel à considérer c'est que les obligations nées entre indivisaires à cause de l'indivision ne sont pas exigibles avant le partage. Elles sommeillent, ou sont gelées, en quelque sorte, jusqu'au partage[71]. Elles sont des pierres d'attente du partage[72]. Le règlement de la dette ne peut avoir lieu avant. Et à l'instant du partage, leur extinction par compensation ne peut avoir lieu qu'avec des obligations soit exactement de même nature (rapport) soit assimilées (celles qui naissent du prélèvement), mais jamais extérieures[73]. C'est un aspect

[70] En quelque manière seulement, car il ne faut point confondre le rapport avec un paiement. Sauf à bouleverser aussi l'analyse du paiement, ce à quoi nous n'osons penser.
[71] L'entrée en compte est interruptive du cours de la prescription extinctive (aff. Krzaczkowski, Civ. 1re, 11 janv. 1972, *Bull. civ.*, n° 16 ; aff. Morand, Civ. 1re, 5 déc. 1978, *Bull. civ. I*, n° 377 ; aff. Provot, Civ. 1re, 30 juin 1998, arrêt critiquable en ce qu'il soumet au rapport la dette d'un héritier envers le défunt, mais il dit très justement qu'une dette sujette à rapport ne peut se prescrire, *Bull. civ.* I, n° 234, *JCP* 1999.I.132, n° 2, obs. Le Guidec, *Dr. fam.* 1998, n° 161, note Beignier).
[72] Phénomène comparable dans les comptes de tutelle et dans la dot (dans ces institutions l'on ajoute une hypothèque légale pour la protection du créancier, car il n'y a pas le mécanisme de garantie que l'on trouve dans le partage).
[73] C'est pourquoi, cette créance, l'indivisaire ne peut prétendre la compenser avec une dette qu'il aurait, personnellement, envers son coïndivisaire. Il y va de l'égalité du partage. Civ., 8 mai 1867, Chazelles, *D.P.* 1867.1.312 ; Delquié (Trib. de Toulouse, 7 mars 1840 ; Toulouse, 4 janv.

de l'impossible saisie des biens indivis avant le partage. Et ce n'est qu'à condition que l'obligation subsiste après le partage que l'indivisaire créancier peut en exiger le paiement. Il en va de même pour ses créanciers, qui peuvent alors considérer qu'elle figure dans leur gage.

**661.** NECESSITE D'ARRETER LES COMPTES. — Il importe de bien comprendre la raison de ce régime, parce que les doctrines hétérodoxes ne s'expliquent pas le fait autrement qu'en personnifiant l'indivision[74]. Ce régime s'explique par la nature de l'endettement entre indivisaires à cause de l'indivision. Les indivisaires sont contraints d'attendre le partage en raison de ce que c'est seulement à cette occasion que les comptes sont rendus ensemble et que l'on évalue les gains, les pertes et les biens indivis eux-mêmes. Le calcul des impenses et des dommages suppose une évaluation des biens en cause le jour du partage. En réalité le dogme fondamental est celui de l'évaluation des biens le jour du partage. La consistance et la valeur de toute la masse partageable ne peut être connue qu'au partage et à ce moment seulement l'on connaîtra la proportion prise finalement par chacun dans les biens restés indivis. Durant l'indivision les uns et les autres prennent sans cesse de l'avance sur le partage. Nous voulons dire que les équilibres entre les parts prises sont instables. Il n'y a qu'en arrêtant les comptes que l'on saura précisément qui doit combien à qui. Une authentique

---

1850 ; Civ., 29 nov. 1852, *D.P.* 52.1.326) ; Arnaudin, Civ. 1re, 25 févr. 1997, précité.

[74] Selon elles, l'idée d'une obligation entre indivisaires *personnellement* serait contradictoire de ce régime. L'impossible compensation, pendant l'indivision et lors du partage, entre l'obligation en question et des obligations entre indivisaires mais dont la cause est extérieure à l'indivision, s'explique, par exemple, par l'absence de réciprocité.

obligation ne peut naître qu'ensuite du partage, lorsqu'il s'avère qu'un indivisaire a pris plus que sa part[75]. Lorsque l'on s'écarte de ce cadre les choses se compliquent et l'idée que l'indivision est une personne gagne du terrain.

**662.** **DANGER D'UN PAIEMENT IMMEDIAT. —** Enfin, le non paiement de l'obligation avant le partage est aussi une garantie de l'égalité entre les indivisaires, et de l'égalité entre leurs créanciers respectifs. Pour le bien comprendre, l'hypothèse à considérer de préférence est celle d'un indivisaire *insolvable* qui accapare une partie des biens indivis. S'il paye aussitôt la dette née, en contrepartie, à sa charge et envers ses coïndivisaires, cela a pour effet que ses coïndivisaires créanciers, et derrière eux leurs créanciers, viennent en concours avec ses créanciers personnels pour récupérer une infime partie seulement du prix de ce qui vient de leur échapper. Et puisque l'obligation est sortie de l'indivision, il n'y a pas de raison pour que, lors du partage final, l'héritier qui a anticipé sur le partage ne puisse encore prétendre à l'entièreté de sa part sur les biens indivis. De telle sorte que finalement une part de leur actif a échappé aux coïndivisaires de l'obligé, et à leurs créanciers.

**663.** **SENS DE L'INTERDICTION DES SIMILI-PARTAGES. —** Sans doute tient-on, avec de telles considérations, la sphère juridique au sein de laquelle il faut évaluer le

[75] Et puis il y aurait même une raison plus fondamentale encore d'interdire l'apparition d'obligations exigibles entre indivisaires à cause de l'indivision avant le partage. C'est qu'avant le partage leur cause n'est pas encore réelle. Un indivisaire qui enrichit la masse commune s'enrichit d'abord lui-même. Ce n'est que dans la perspective de la composition puis de l'attribution des lots que l'on peut dire que l'enrichissement qu'il a apporté, et corrélativement son appauvrissement, ont profité personnellement et égoïstement aux autres. Durant la phase d'indivision il est difficile de concevoir que l'obligation puisse naître.

danger que représentent les simili-partages (partages provisoires, maintien partiel forcé dans l'indivision[76], attribution éliminatoire, partages partiels[77], anticipations sur le partage, cessions et vente de parts[78], adjudications), comprendre leur interdiction et la nécessité que tous les biens indivis soient compris dans la masse partageable, et d'adjuger à chacun des effets distincts et séparés. Sinon, si ces garanties tombent, partage judiciaire, amiable ou amiable sous contrôle judiciaire, l'effet translatif doit reprendre ses droits[79]. Car de telles opérations justifient que l'on sorte du système du partage-expropriation.

**664.** ESSAI DE CONCORDANCE DES DEUX THEORIES CLASSIQUES. — Il est bien conforme à la nature de l'esprit moderne de l'interprétation des textes de supposer que les divergences de point de vue sont irréductibles. L'on sait que l'interprétation traditionnelle suppose au contraire que ceux-ci forment un ensemble cohérent et non contradictoire[80]. L'objectif de l'interprète est d'en atteindre une compréhension telle que l'harmonie se fasse entre des avis qui ne sont discordants qu'en apparence, lorsque leur terrain propre n'est pas délimité. Les

[76] V. *supra* note 17 sous n°199.
[77] La loi du 23 juin 2006 a ajouté un nouveau cas de partage partiel, le partage complémentaire (art. 892 C. civ.).
[78] En cas de cession de part entre indivisaires, l'opération est translative (entre indivisaires comme entre indivisaire et étranger), mais l'indivision peut prendre fin sans aucune garantie de respect de l'égalité entre copartageants (le rapport en valeur est évité, les garanties du paiement des soultes sont inaplicables). Cf. Civ., 30 mai 1877, affaire Gaillard, *D.* 1878.1.109, un indivisaire ayant cédé sa part à son coïndivisaire, son créancier fait opposition sur le prix de cession.
[79] Sur la nécessité, en droit romain, d'adjuger à chacun des effets distincts et séparés, v. *Instp. Just.* 4. 17. 4.
[80] La conciliation des autorités est le signe d'une interprétation aboutie, leur discordance, au contraire, trahit l'aveuglement de l'interprète. C'est sur ce principe d'une herméneutique d'origine religieuse (le Saint-Esprit, qui inspire les auteurs, ne se contredit pas) que sont conçus le *Digeste* de Justinien et le *Décret* de Gratien.

avis concordent dès lors que chacun est cantonné à son champ d'action propre. L'opposition interne au courant classique, entre partage-cession et partage-expropriation, serait facile à résoudre. Cette opposition recoupe peut-être l'archaïque distinction des romains entre partage amiable, qui a lieu par traditions et par mancipations, et partage qui a lieu en vertu de la *familiae erciscundae actio*. De la sorte, *suum cuique tribuere*[81], nous aurions donné à chacun le sien, et le courant classique retrouverait l'unité perdue[82].

[81] Dig. 1.1.10.1.
[82] En pratique le partage amiable est souvent recherché, de préférence au partage judiciaire, trop dispendieux. La réforme du 23 juin 2006 a tenté de favoriser le recours au partage amiable. Ce dernier est possible même au cas où un indivisaire serait présumé absent ou hors d'état de manifester sa volonté par suite d'éloignement (C. civ. art.836 al. 1), ou incapable (C. civ. art. 836 al. 2). En outre, la loi a instauré un régime de représentation judiciaire du « défaillant » (l'indivisaire qui, sans s'opposer, ne répond pas : le juge désigne et autorise le représentant qui consent au partage, C. civ. art. 837). Un partage amiable partiel qui laisse certaines personnes est possible (C. civ. art. 838 – comp. avec l'attribution éliminatoire de l'art. 824). Il est toujours possible de revenir de la voie judiciaire au partage amiable (C. civ. art. 842)

## Conclusion du Titre 2

**665** **Resume de la conception classique de l'indivision et du partage-expropriation. —** Selon le modèle que nous défendons, l'indivision s'analyse de façon rudimentaire. L'indivision signifie avant tout qu'une pluralité de personnes sont propriétaires de la même chose. Les seuls propriétaires en cause, que ce soit avant ou après le partage, ce sont, à l'évidence, les indivisaires. Et la nature de leur droit de propriété ne subit aucune variation, que ce soit du fait de la situation d'indivision ou du fait du partage. L'opération de partage consiste uniquement dans la restriction de l'assiette des droits de chacun, celle-ci se réduisant soudain à un lot, alors qu'au départ elle comprenait tous les biens indivis. Le partage nécessite simplement que chaque indivisaire perde son droit sur les biens versés au lot des autres. Mais le cœur de la difficulté provient de ce que le partage ne suppose pas seulement que cette pluralité de personnes soient propriétaires, il implique aussi qu'elles soient obligées les unes à l'égard des autres. Même en l'absence de tout bien indivis, la seule pluralité de successeurs est à elle seule la cause *spécifique* d'obligations entre indivisaires. Cela tient à la théorie du partage, auquel il faut constamment revenir dès lors qu'il est question de succession indivise. Et c'est la notion de créancier à cause de l'indivision qui est centrale. Le phénomène introduit d'ailleurs une interrelation complexe entre les plans passif et actif de la situation. En effet, finalement, de même que certaines

dettes à cause de l'indivision, qui figurent donc au passif de l'indivision, ont pour créancier un membre de l'indivision, ce qui interfère avec le plan actif de l'indivision, certaines créances à cause de l'indivision, qui figurent donc à l'actif de l'indivision, ayant pour débiteur un indivisaire, risquent d'être confondues avec le plan passif de l'indivision. Passif et actif sont décidément imbriqués au cœur de la situation.

**666.** LES OBLIGATIONS NEES A CAUSE DE L'INDIVISION. — Nous avons vu que ces créances nées à cause de l'indivision ont leur source, d'abord, dans l'attribution des parts en nature. Le partage fait naître entre l'attributaire et les autres une obligation destinée à maintenir l'équilibre rompu par la sortie du bien de la masse commune[1]. Le phénomène, évident en cas de soulte, est plus généralement inhérent au partage. C'est une première chose. Mais il en est une autre. C'est que depuis le décès du *de cujus* jusqu'au partage, des obligations naissent entre héritiers qui donnent la mesure des échanges entre eux effectués, et qui sont comme des contrepoids destinés à maintenir l'équilibre fixé par la vocation successorale de chacun. Il est nécessaire, en effet, que soit maintenu d'un bout à l'autre de l'indivision, c'est-à-dire de l'ouverture de la succession jusqu'au partage y compris, la répartition des vocations fixée, en l'occurrence, par le droit

[1] Ce processus nous donne l'occasion d'un exercice de fiction juridique, à la manière des jusnaturalistes, pour montrer que l'appropriation et l'obligation sont des phénomènes simultanés dont l'origine peut être commune. Supposons deux individus qui ont en commun, dans une sorte d'état de nature, un bien qui ne peut être morcelé. Si l'on souhaite sortir de cet état, il faut simultanément attribuer le bien à l'un à l'exclusion de l'autre, c'est le départ de l'appropriation, et en guise de contrepartie obliger le propriétaire envers celui qui est exclus à lui verser une soulte.

successoral. Cet équilibre, ce *partage* (en quelque sorte), est le *nomos* de l'indivision, le critère à l'aune duquel on juge du respect ou de la violation de l'égalité entre les copartageants[2].

**667.** NECESSITE DU PARTAGE. — L'indivision successorale ne désigne donc pas simplement la situation d'un bien approprié par deux ou plusieurs personnes. Et il se peut qu'au jour du partage il n'y ait plus aucun bien indivis en nature, sans que l'espèce de relation complexe qu'est l'indivision ne soit terminée. Car il est tout de même nécessaire qu'une comptabilité spécifique enregistre les éventuelles obligations nées à cause de l'indivision. Le partage est essentiellement une opération de règlement de compte ; et tant que le partage n'a pas eu lieu, les indivisaires ne sont pas sortis d'une certaine relation de dépendance mutuelle[3].

**668.** LA NATURE DE LA MASSE. — C'est ainsi qu'une succession, lorsqu'il y a plusieurs héritiers, constitue, à cause du partage et de la comptabilité que ce dernier suppose, une masse abstraite, qui peut fort bien n'être composée d'aucun

[2] Sur le nomos, v. C. Schmitt, « A partir du « nomos » : prendre, pâturer, partager. La question de l'ordre économique et social », *Commentaire*, n°87/Automne 1999, pp. 549-556, et *Le nomos de la terre*, trad. L. Deroche-Gurcel (trad. révisée par P. Haggenmacher), coll. « Leviathan », Paris : Puf, 2001, 364 p.

[3] La période d'indivision voit en quelque sorte la valeur des parts idéales des uns et des autres fluctuer sans cesse, comme si, avec les évolutions de la valeur de la masse partageable les limites entre indivisaires ne cessaient de changer, en fonction des gains et des pertes. Le sens du partage est de figer les comptes à un moment donné, et de mettre un terme à la situation. Sur l'idée d'indétermination des quotes-parts, cf. R. Saleilles, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, 2ème éd., Paris, 1910, pp. 70-72, 206, 389, 393, 407, 441, 457-459, et spécialement la leçon 8 ; F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, n°267, p.276. Concernant les cessions opérées pendant l'indivision, qu'elles visent les bien *ut singuli* ou *ut universi*, que l'on regarde l'opération comme l'entrée d'un participant à l'indivision ou comme la sortie d'un bien, l'on comprend maintenant que le contrat entre l'indivisaire cédant et le cessionnaire ne soit pas opposable aux copartageants. Tout dépend, non seulement des attributions, mais du rapport en valeur, qui peut faire que la part du cédant se ramène à rien.

bien en nature. L’on pourrait, pour définir cette masse, introduire la notion d’universalité. Mais cela demanderait beaucoup de prudence. Il ne s’agit pas de cette notion d’universalité présente avec les biens considérés en tant qu’individualité (comme un troupeau ou une bibliothèque), avec laquelle joue d’ores et déjà la subrogation réelle. Et il ne s’agit pas non plus du patrimoine. Notre étude a porté sur la notion et sur le régime de cette masse pour le moins problématique. La conception que nous avons développé est absolument exempte de toute idée de personne. Mais c’est une approche délicate, nécessitant une analyse parfois un peu ardue, d’autant plus qu’il faut renverser les préjugés simplistes des explications hétérodoxes. La conception erronée d’une personnalité juridique de l’indivision réside dans l’idée que les relations d’obligations n’auraient pas lieu directement entre indivisaires, mais indirectement entre les indivisaires et l’entité indivision, composée d’un actif et d’un passif. Et les comptes d’indivision font l’objet en pratique et dans la loi d’une comptabilité qui érige un compte *ad hoc*, en place de l’indivision, comme s’il sagissait d’une personne[4].

[4] L’exposé de cette matière et sa parfaite compréhension touchent à un domaine commun aux comptes qui ont lieu entre un tuteur et son pupille, entre époux, entre mandataire et mandant, etc. Il y a d’ailleurs une théorie générale du compte qui reste à faire. Sans aller jusque-là nous avons pris garde à ces analogies d’une matière à l’autre. En revanche, nous sommes persuadés que d’entrer dans un exposé clair de ce qu’il en est de cette théorie de l’article de compte sur le terrain délicat de l’indivision ne sera pas peu contribuer à cette théorie générale que nous appelons de nos vœux.

## Conclusion de la deuxième partie

**669.** THEORIE DU RAPPORT EN VALEUR. — La théorie du rapport en valeur est une matière parmi les plus techniques et les plus arides du droit civil. C’est un terrain sur lequel la doctrine classique a été en peine et les derniers gardiens de l’orthodoxie se sont trouvés dépassés. C’est bien la raison pour laquelle, sous prétexte de simplification, les dénaturations erronées ont pu s’établir. Nous devions les en déloger, si nous voulions mener à bien notre démonstration. Car celle-ci s’appuie sur la possibilité de livrer une analyse critique des conceptions personnifiantes. Notre hypothèse était que la théorie du rapport est le foyer d’où a pu germer et parvenir à maturité l’idée que l’indivision était une personne. Les enjeux théoriques de cette critique ne sont pas moindres que ses enjeux pratiques.

**670.** LA COMPREHENSION DU RAPPORT EN VALEUR DEPEND DE CELLE DU PARTAGE EN NATURE. — Il nous a semblé judicieux d’éclaircir au préalable le terrain du partage des biens présents en nature. C’est pourquoi nous avons scindé notre étude de l’important moment qu’est le partage en deux. Nous avons distingué l’opération du partage des biens présents en nature, abstraction faite du rapport des biens en

valeur[1]. Nous avons procédé ainsi parce que comprendre la nature du rapport en valeur suppose d'avoir bien compris celle du partage. Car le partage en nature, avec la génération et l'extinction d'obligations réciproques entre indivisiaires, et le partage en valeur, avec l'entrée en compte d'obligations prééxistentes entre indivisaires, obéissent dans le fond à une même logique.

**671.** CONTROVERSES DOCTRINALES RELATIVES A LA NOTION DE PART. — Concernant donc le partage en nature, nous avons développé une vision comptable qui nous a été un instrument pour expliciter l'opposition entre la théorie du partage que nous défendions et celle que nous entendions critiquer. Il apparaît que le partage a fait l'objet de théories qui l'ont dénaturé. Il a cessé d'être compris comme une répartition source d'obligations mutuelles. Pour les courants qui prédominent aujourd'hui en doctrine, la compréhension de l'indivision passe par la notion d'une *part* que l'indivisaire a sur le tout des biens indivis, malaisément distinguée du droit qui porte directement sur ce même tout. Les parts sont réifiées, elles sont l'objet premier de la propriété de l'indivisaire, elles se dressent entre lui et la masse des biens indivis. La masse est donc composée d'un actif (les biens indivis) et d'un passif (les quotes-parts, dettes envers les invisaires).

[1] La distinction du rapport en nature et du rapport en valeur est inhérente au partage, abstraction faite de toute libéralité, et elle a un tout autre sens que dans le cadre du rapport des libéralités, lorsque l'on distingue libéralités rapportables en nature et libéralités rapportables en valeur. Cf. *supra* n°552-554.

**672.** **CONFUSION CONDAMNABLE DU PARTAGE ET DU PAIEMENT. —** Ce cadre fournit une manière de voir le partage et certains autres actes, considérés comme de simili-partages[2]. A la faveur du flou introduit en doctrine entre les catégories du droit réel et du droit personnel, le partage a été compris à l'image de la manière dont on s'est mis par ailleurs à comprendre un paiement. Le partage est devenu comme le paiement d'une obligation ou le règlement de compte entre associés : la cristallisation sur une portion de la part commune d'une quote-part qui mêle l'obligation et la part sociale[3].

**673.** **CRITIQUE DE LA PROPRIETE COLLECTIVE. —** Il était donc important, pour la théorie du rapport en valeur, que nous parvenions à dégager au préalable le cadre de l'analyse classique du partage et du rapport en nature. C'est au prisme de ce cadre, et particulièrement grâce à la notion des comptes de partage, que nous pouvons critiquer ces théories de la propriété collective qui étaient réputées didactiques et descriptives du droit positif. Les divergences portent d'abord sur l'explication du procédé. N'y revenons pas. La méthode personnaliste, en érigant un compte spécial, procède par une fiction qui, certes, est seulement comptable. Mais c'est sur le domaine du rapport en valeur que l'opposition doit s'éprouver.

[2] V. *supra* n°199.
[3] Dans la mesure où participation à l'indivision et passif de l'indivision se confondent, il devient difficile de distinguer entre les cas, par exemple entre celui d'attribution éliminatoire versée par un indivisaire dont la part se trouve augmentée (anciennement à l'art. 815 al. 3, à l'art. 824 depuis la loi de 2006), et le droit de prélever accordé à l'indivisaire qui a désintéressé un créancier qui réclamait le partage (art. 815-17 al.3 : s'agit-il d'un droit corrélatif du rapport des dettes ou analogue de la prérogative du créancier successoral ?). V. aussi les art. 815-14 et –15 C. civ.

**674.** **RAPPORT DES MEUBLES ET RAPPORT DES IMMEUBLES. —** En bonne orthodoxie le rapport en valeur concerne le bien qui, au lieu d'être détenu par un indivisaire sans être sorti de l'indivision, en est sorti, au contraire, avant le partage. La distinction du rapport en valeur et du rapport en nature rejoint la distinction civiliste fondamentale des meubles et des immeubles, les premiers étant rapportés en valeur, les seconds en nature. C'est pourquoi tant qu'il s'agit des biens meubles, les solutions sont, d'une analyse à l'autre, à quelques réserves près, identiques. Le concours des explications du droit positif ne présente donc pas beaucoup d'enjeu. Il ne s'agit que d'une opposition doctrinale, et c'est pourquoi la personne de l'indivision que supposent les germanistes n'est encore que purement doctrinale. Et l'analyse comptable personnaliste peut même sembler plus claire. Mais les deux comptabiliés divergent déjà radicalement concernant le partage des biens indivis immeubles. Nous l'avons observé au sujet des droits du créancier successoral. Et précisément, c'est au sujet du sort des obligations que l'opposition est la plus évidente.

**675.** **DIVERGENCE DES SOLUTIONS RELATIVES AU SORT DES OBLIGATIONS. —** En effet, dès lors que l'on aborde le domaine des obligations les solutions divergent radicalement en fonction de la méthode comptable. Le personnalisme consiste à imputer des créances et des dettes sur un compte commun – que celles-ci aient lieu uniquement entre indivisaires ou avec des étrangers. Tout se passe comme si la fiction comptable contenait une dynamique propre à happer aveuglément dans

le partage des obligations qui devraient lui rester naturellement étrangères[4]. L'opposition des analyses n'a plus alors une portée uniquement comptable.

**676.** **PERSONNALITE JURIDIQUE DE LA MASSE.** — Au vu d'un droit positif qui consacre les solutions préconisées depuis le cadre d'analyse personnaliste, il n'est pas étonnant que les idées de personne morale et de patrimoine distinct, d'affectation ou autonome viennent à l'esprit. Nous touchons donc, avec la question du compte d'indivision, au cœur de la question de la nature de l'indivision successorale. Sur certaines questions bien précises, du fondement d'une solution à l'autre l'on passe insensiblement de la simple pluralité de personnes physiques à l'ajout d'un universel qui est créancier et débiteur ; la nuance peut sembler minime, pourtant le saut est qualitatif. Et lorsque l'on parle par exemple en des termes mesurés d'une *certaine* autonomie de la masse, et non d'une pure et simple autonomie, le tout est justement de prendre la mesure exacte de la subtilité que l'on veut par là introduire.

**677.** **DISTINCTION DES POURSUITES ET DE LA CONTRIBUTION.** — Il est remarquable, en outre, que l'extension erronée du domaine du rapport en valeur introduit dans l'indivision la distinction des poursuites et de la contribution. En effet, il suffit d'avoir intégré les obligations entre défunt et héritier dans le compte de partage pour qu'il soit tentant d'en faire autant avec les actions récursoires entre

[4] Cf. l'explication de C. Atias, *Les personnes. Les incapacités*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1985, n°19, p. 37 : « En doctrine enfin, l'élaboration d'une théorie particulière a, comme en bien des cas, engendré une généralisation de ses applications, une extension de son domaine ; celle-ci a pu être interprétée, en retour, comme une confirmation de la théorie ».

héritiers. Ainsi, lorsqu'un tiers est débiteur ou créancier du défunt et qu'un indivisaire se porte *accipiens* ou *solvens* de cette obligation, le recours en cause est tout simplement soumis au régime des obligations entre défunt et héritier[5]. La créance du *solvens* ou la dette de *l'accipiens* sont incontestablement des articles de comptes en droit des sociétés, dans le régime de communauté et en droit des incapacités. Mais en indivision cela est lourd de conséquences pour le respect de l'égalité entre les héritiers, et pour les droits des créanciers respectifs des uns et des autres.

**678.** LE CAS DU CREANCIER SUCCESSORAL. — Du point de vue du créancier du *de cujus*, le décès de son débiteur présente certes deux effets néfastes. En tant que les successeurs sont ses débiteurs personnels, il voit, d'une part, sa créance se diviser, ce qui l'oblige à démultiplier ses poursuites, demandant à chacun la portion que lui donne sa part idéale de la succession. D'autre part et en outre, comme l'actif de son débiteur, également, a été transmis aux mêmes, par conséquent une partie de son gage, désormais, est en indivision. Le créancier ne perçoit plus son gage que depuis le point de vue de chacun de ses débiteurs indivisaires. Il est donc concerné ni plus ni moins que n'importe quel créancier personnel par les effets du partage. Il n'y a pas *a priori* de raison pour que sa

[5] Mais il faut prendre garde à ceci que payer de ses deniers personnels la part de dette successorale d'un autre ne donne par lieu à rapport mais à un recours subrogatoire de droit commun - v. les aff. Allier (Civ. 1re, 26 mars 1974, *D.* 1975.1.41, note Sortais, *JCP* 1975.II.17970, note Dagot, *Rtd civ.* 1975.349 et 1976.589, obs. R. Savatier), et Linget (Req., 7 juill. 1892, *D.* 93.1.5, rapport du conseiller Petit et note de Loynes). C'est que rien n'oblige le *solvens* (néanmoins, par analogie avec le cas de l'indivisaire qui désintéresse le créancier personnel, si l'on considère que l'intérêt de l'indivision est en jeu, le rapport pourrait être admis).

situation s'aggrave. En réalité, elle ne pourrait pas s'aggraver, s'il n'y avait le phénomène du rapport en valeur et le décalage qu'il introduit entre masse indivise et masse partageable. Néanmoins, même lorsque se réalise le risque de cette aggravation, elle n'est pas injuste en soi. Tout dépend de la manière dont on analyse le rapport en valeur, et du domaine qui lui est assigné.

**679.** **DROITS DU CREANCIER SUCCESSORAL DE SAISIR ET DE PRELEVER UN BIEN INDIVIS. —** La possibilité de réaliser sa créance en saisissant un bien indivis, est un privilège insigne. Quant à la possibilité d'exercer le prélèvement, c'est une prérogative typique du « créancier du rapport », et ce dernier, créancier, si l'on veut, « à cause de l'indivision », ne peut exercer cette prérogative qu'à condition et dans la mesure où il est dans l'indivision. Mais ces privilèges, accordés au créancier successoral, ne le sont pas forcément toujours injustement. En effet, si le rapport est mal délimité dans son étendue, il est juste de rétablir l'équilibre rompu. Nos explications ne condamnent donc pas globalement les dispositions qui favorisent le créancier successoral[6].

[6] Selon la théorie classique du partage expropriation, dans le cas Frécon (Req., 24 déc. 1912, v. note additionnelle en annexe), ainsi s'analysent les droits du créancier successoral : si l'on considère qu'Auguste Frécon est débiteur de sa belle-fille, la dette se divise à l'ouverture de la succession, l'effet du rapport, pour le créancier successoral, est le même que pour un créancier personnel. Cela ne devrait donc rien changer. Le droit que l'on accorde au créancier successoral, en revanche, s'analyse, relativement à la part de dette de Gustave Frécon, comme un paiement, effectué, à charge de recours, par ses coïndivisaires, sur des biens indivis qui leur sont attribués à charge de rapport par anticipation sur le partage. Dame Frécon, créancière de 18 *quirats*, poursuit Ferdinand Frécon et dame Dorier (par exemple) en leur réclamant leur part (6 *quirats*) et leur participation à la dette de Gustave Frécon (à cause de leur complicité dans la fraude), 3 *quirats* chacun. Cela sur la portion de 18 qu'ils touchent chacun ; elle leur demande 9, il leur reste 9. Leur créance récursoire, de 3 *quirats* (deux fois, soit 6 *quirats*). Il reste une part de 12 *quirats* chacun après paiement.

**680.** DES DETTES SUCCESSORALES AUX CREANCES SUCCESSORALES. — Cette extension erronée du rapport en valeur, nous l'avons maintenant cernée en ce qui concerne les dettes successorales. Ce point précisé, ce n'est qu'en tout dernier lieu que nous revenons sur le phénomène dès lors critiquable de l'intégration au partage des créances du défunt.

# 3ème Partie

# Les créances héréditaires

**681.** **RAPPEL DU PLAN GENERAL. —** Depuis le départ nous ne cessons d'envisager les choses sous l'angle d'un conflit qui mêle propriétaires et créanciers, action en paiement et action en partage. Nous avons défini l'objet de ce conflit comme répartition, au sens large, d'un ensemble qui associe l'actif du défunt et ceux de ses héritiers, ce qui, réciproquement, délimite le vaste ensemble passif qui y correspond[1]. Abordant le siège de ce passif globalement pris, nous sommes partis, avec les biens propres, en quelque sorte de la circonférence extérieure du cercle que forment l'ensemble des personnes en indivision, et nous avons progressé, avec les biens communs, jusqu'à son cœur. Poursuivant cette approche par strates, nous abordons la question des créances successorales, qu'à dessein nous avions réservée.

**682.** **CREANCES SUCCESSORALES ET CREANCES DE L'INDIVISION EN GENERAL. —** Désormais il ne sera plus question de *biens* successoraux, mais de *créances* successorales. Il a déjà beaucoup été question de créance en général. Avec les biens indivis dont l'aliénation génère une créance de prix[2], ou dont l'attribution

[1] V. *supra*, Introduction, n°29.
[2] Question étudiée *supra* en 2ème partie dans le Livre 1er sur *Les biens présents en nature dans la masse indivise* (spécialement les n°182 à 192 et le Titre 2 Théories classiques de l'indivision et du partage).

lors du partage est source d'une créance spécifique[3], et avec les biens représentés, plus largement, parce qu'il est question d'une créance de rapport en valeur[4]. Les créances successorales exigent un traitement particulier. Ce sont celles que le *de cujus* a contracté lui-même, de son vivant[5]. A l'ouverture de la succession, un étranger ou même un héritier se trouve lui devoir quelque chose.

**683.** **DETTES SUCCESSORALES ET CREANCES SUCCESSORALES. —** L'on peut supposer une certaine symétrie de régime entre les créances et le passif successoraux[6]. Et nous aurons à vérifier que traiter des *créances* successorales, c'est aborder, sous un autre versant, les principes et les difficultés envisagés initialement au sujet des *dettes* successorales. Mais avec cette partie de l'actif successoral que sont les créances les cas deviennent si complexes qu'il devient très difficile, avouons-le, non seulement de discerner les positions des uns et des autres, mais de respecter et de conserver à l'esprit la cohérence et l'unité d'inspiration de chacune des trois doctrines que nous avons identifié. Néanmoins, l'analyse germaniste adapte purement et simplement aux créances le régime qu'elle préconise pour les biens, tandis que les analyses classiques nous paraissent respecter cette distinction. Cela génère comme deux cadres d'analyse incompatibles et c'est peut-être la source de l'obscurité dont nous parlons. La limpidité de cette divergence nous

[3] Objet, en 2ème partie, Livre 2, Titre 1, d'un Chapitre 1 *Naissance de la créance de l'indivision à cause de la distribution des lots en nature* (n°384 à 426).
[4] 2ème partie, Livre 2, Titre 2, Chapitre 1 *La reddition du compte des gains et des pertes* (n°502 à 584.)
[5] Nous parlons parfois de créances *héréditaires*, pour bien marquer qu'il s'agit des créances contractées par le défunt et non de créances contractées par les héritiers à cause de la succession. Mais succession et hérédité sont des termes synonymes.
[6] Notre avons consacré notre tout premier chapitre à l'exposé des principes du passif successoral (*supra* n°32 à 47).

incite à progresser avec prudence en commençant par exposer la théorie germaniste de la propriété collective des créances héréditaires avant d'envisager les principes classiques de la succession aux créances du défunt.

# Titre 1
# Théorie germaniste de la propriété collective des créances héréditaires

Nous avons vu au sujet des dettes successorales que selon la doctrine classique les obligations du défunt se divisent de plein droit entre les héritiers au prorata de leur vocation successorale, tandis que cette division est comprise très différemment par la doctrine que nous appelons germaniste. Il en va de même pour les créances successorales, dont il s'agit essentiellement de savoir si elles sont ou non comprises à l'actif de la masse partageable. D'après la théorie germaniste le sort définitif des créances successorales dépend du partage. En attendant, elles connaissent un régime provisoire. Afin de prendre la vue la plus précise possible de cette conception nous envisagerons le sort des créances pendant l'indivision puis lors du partage.

# Chapitre 1
# Les créances héréditaires pendant l'indivision

**684. DISTINCTION DE LA PROPRIETE ET DU POUVOIR. —** D'après cette conception il faut distinguer la question de propriété de la question de pouvoir. Les créances successorales sont communes, mais le pouvoir divisé.

## Section 1
## L'indivision, créancière à la place du *de cujus*

**685. IMPUTATION DES CREANCES A L'ACTIF DE LA MASSE. —** Au sujet des créances successorales, nous ne dirons pas que l'analyse doctrinale germaniste est claire, dans la mesure où elle confond là où il y aurait tout lieu de distinguer[1]. Mais elle est cohérente. La masse se compose d'un passif et d'un actif, composé à son tour

[1] Sur l'affaire Chollet, la cour de Lyon, 29 mars 1905, dans son 10ème attendu, pour contester que la créance de prix se divisât (v. note 47 sous n°305), mêlant l'article 1220 C. civ. à la cause, avait invoqué à titre de contre-exemple le régime de la créance successorale, pour distinguer la créance de prix - qui ne se divise pas - de la créance successorale - qui se divise (sur la distinction de la créance successorale et de la créance de prix, v. note 91 sous n°350). Selon quoi il y a bien un lien entre créances et biens. Mais la Cour de cassation, Ch. réunies 1907, n'oppose pas, comme le faisait Lyon, le régime de la créance successorale et celui de la créance de prix : à chacun desquels (lots), suivant l'art. 832, il convient d'attribuer, s'il se peut, « la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de *créances* de même nature et valeur », ce qui exclut, *même pour les créances héréditaires* (souligné par nous), l'application, en cette matière, de l'art. 1220 d'après lequel elles se divisent entre les héritiers du créancier, proportionnellement à leur part, *lorsqu'il s'agit d'en poursuivre le payement contre les débiteurs* (nous soulignons, c'est une limite). »

de biens et de créances. Tout comme les dettes successorales figurent au passif, les créances du défunt vont à l'actif de la masse indivise, où leur sort postérieur relève du partage. Elles suivent le sort des créances de rapport et des créances dues à l'aliénation ou à la réparation des biens indivis.

**686.** PERSONNIFICATION DE L'INDIVISION. — Il nous suffit de dire que le communisme des créances suppose bien quelque chose de l'ordre d'une personnalité fictive. La solution, assurément erronée, qui, d'une manière ou d'une autre, consiste à intégrer les créances successorales à l'indivision, s'explique très simplement lorsque l'on suppose la présence d'une personne qui soit, à la place du *de cujus*, créancière de l'ouverture de la succession jusqu'au partage. C'est une solution condamnable, parce que rien n'est plus erroné que de voir une personne là où il n'y en a pas. Il est vrai que les défenseurs de l'autonomie du patrimoine ont prétendu remplacer la conception essentiellement personnelle de l'obligation, qui remontait « au droit romain primitif[2] », par une notion moderne qui explique enfin clairement, à leurs yeux, tant la transmission successorale que la cession de créance[3]. Dans le cadre de la théorie objective du

[2] Et ici il faut bien sentir que le terme, jeté avec toute sa connotation péjorative, est dirigé contre le droit romain, c'est-à-dire contre ceux dont on sent confusément qu'ils en sont la représentation vivante à l'époque.

[3] E. Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898 ; O. Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse Paris, 1902 ; H. Gazin, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910, spèc. pp. 453-455 ; M. de Juglart, *Obligation réelle et servitude*, thèse Bordeaux, 1937. Nous pourrions citer également la thèse de P. Raynaud, *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, thèse 1934, 283 p. (la 1re partie : « La dot est-elle un patrimoine d'affectation ? » , ainsi que celle de J. Carbonnier, *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, prèf. J. Bonnecase, thèse Bordeaux 1932, 846 p. Quant aux doctrines abouties de l'idée de réification des créances, voir S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960, spéc. p. 23 ; N.-M. Lesenne, *La propriété et ses démembrements*, Paris, 1858,

patrimoine, érigée il y a plus d'une centaine d'années sur les ruines du système de Aubry et Rau, l'on conçoit donc que les créances du *de cujus* sont comme des biens immeubles, indivis jusqu'au partage. Mais il importe assez peu, au sujet du sort des créances relativement à l'indivision, que celles-ci soient conçues comme des objets d'appropriation par l'indivision, ou que l'indivision soit créancière. La première explication suffit à nos yeux pour supposer la personnalité de la masse indivise. Depuis le regard de cette doctrine la masse indivise apparaît, même inconsciement, comme une personne.

**687.** **INDIFFERENCE DES CONSTRUCTIONS DOCTRINALES. —** Nous n'avons pas besoin d'entrer dans le détail des querelles théoriques relatives aux théories du patrimoine et de la personne, qui trouvent là, il est vrai, un terrain de choix. Nous préférons écarter de notre étude, comme trompeuses, toutes les explications possibles et imaginables d'un tel état du droit, telles celles du patrimoine d'affectation, de la personnalité morale, de la survie du défunt et tous autres procédés relatifs au même effort. Nous en préciserons plus tard, en conclusion, le statut théorique[4].

---

n°396, p. 200 (cité par S. Ginossar) ; v. J. Carbonnier, *Les biens et les obligations* (*Droit civil*, tome 2), coll. Thémis-droit privé, 4ème éd., Paris : Puf, 1964, n°15, pp. 41-42 ; F. Zénati, *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, p. 214.

[4] Les développements de théorie pure n'ont pas leur place ici.

## Section 2
## Les indivisaires, gérants des créances héréditaires

**688.** L'IDEAL DE LA VOLONTE ORGANIQUE PROTECTRICE DE L'INTERET DE L'INDIVISION. — A suivre les doctrines les plus radicalement personnificatrices, l'on retrouve au sujet de la gestion des créances successorales les conceptions germanistes que nous avons dit. Selon elles, admettre que l'indivision est capable d'être créancière, de même qu'elle est possiblement propriétaire et débitrice, c'est faire un pas dans la voie de la reconnaissance de sa personnalité juridique. Les intérêts de l'indivision sont distincts de ceux des indivisaires, ses membres. Par conséquent, l'indivision, considérée comme un sujet, est douée *de lege ferenda* d'une volonté propre, protectrice de ses intérêts. Et cette volonté n'attend plus que d'être dotée des moyens organiques propres à l'exprimer, conformément à l'idéal de la délibération, supposée, par la vertu du *brain storming*, conduire les esprits vers la bonne solution, qui fasse *consensus*. Cette conception est plus avancée dans le domaine de la copropriété des immeubles bâtis divisés par appartement, ou même dans celui des navires appropriés en commun, que dans celui de l'indivision successorale.

**689.** SUCCEDANE : DIVISION PROVISOIRE DES CREANCES SUCCESSORALES. — Faute de mieux, chaque indivisaire est, jusqu'au partage, le gérant d'une quote-part de la créance. Tout ce passe comme si l'article 1220 organisait la division provisoire et relative des créances successorales. La phase d'indivision est une période de

jouissance divise de chaque créance[5]. Quoi qu'il en soit, le pouvoir qu'a chaque indivisaire sur la portion que lui indique sa vocation successorale est forcément limité puisque la créance ne lui appartient pas.

**690.** LE PAIEMENT DE LA CREANCE SUCCESSORALE. — L'indivisaire est habilité, en tant que gérant, à percevoir, dans la mesure de la part qui lui est affectée par l'article 1220, le paiement des créances successorales[6]. Par le paiement, la créance s'éteint. Lorsque le débiteur du *de cujus* verse les deniers qu'il doit, la somme d'argent est subrogée à la créance, mais elle ne peut pas former, comme elle, et à sa place, un élément de la masse indivise[7]. S'il n'y a point de tiers séquestre à qui confier les deniers, il n'est d'autre voie que de tenir l'indivisaire *accipiens* pour comptable et débiteur de l'indivision de toutes les sommes qu'il encaisse. L'indivisaire perçoit donc l'argent du paiement, mais il en est débiteur envers l'indivision[8]. A la place d'un étranger, c'est donc l'indivisaire *accipiens* qui est devenu débiteur de la masse. Cela signifie que l'indivisaire ne rapportera pas la créance en nature, mais en valeur[9].

[5] C'est le sens de la distinction, en la matière, de la propriété et du pouvoir (M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°916-917, pp. 899-902). L'on parle aussi de la distinction de l'exercice et de la disposition (F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, pp. 611-613, pp. 693 et 795 ; F.-X. Testu, *L'indivision*, coll. Connaissance du droit-droit privé, Paris : Dalloz, 1996, p. 20).
[6] Pour le surplus, la perception n'est valide que s'il est le gérant d'affaire ou le mandataire, tacite au besoin, de ses coïndivisaires.
[7] H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, pp. 23-24 ; il faut noter, néanmoins, le progrès, en législation, en jurisprudence, en doctrine et en pratique, de l'idée, empruntée au régime de communauté, de remploi.
[8] Lorsque l'indivisaire perçoit une somme qui outrepasse sa part, il le fait en tant que représentant de son coïndivisaire, par conséquent, en toute rigueur, c'est ce dernier qui doit être le débiteur de la masse, l'*accipiens* étant lui-même personnellement son débiteur.
[9] M. Grimaldi, *op. cit.*, n°917, p. 901 et p. 838.

**691.** **LA CESSION DE CREANCE ET LA REMISE DE DETTE. —** Tout ceci vaut pour la perception du paiement de la créance successorale avant le partage, parce que l'on ne peut pas refuser le paiement que propose le débiteur, ou qu'il peut être judicieux de le réclamer. Mais pour les autres actes, l'on imagine mal que l'indivisaire puisse par exemple céder la fraction de créance dont il est l'administrateur et qui ne lui appartient pas, ou remettre la dette d'autrui. Ce sont des actes graves, des actes de disposition qui supposent, relativement à la fraction de créance qu'il gère, qu'il obtienne le consentement unanime de ses coïndivisaires. Sans cela, ces actes ne sont pas valables et la créance devra figurer en nature dans la masse[10].

**692.** **LA CREANCE SUCCESSORALE, AU REGARD DES CREANCIERS DES INDIVISAIRES ET DE L'INDIVISION. —** Quant aux créanciers personnels de chacun des indivisaires, ils n'ont pas plus de droits que leur débiteur sur les créances de l'indivision. De leur point de vue l'indivision dresse l'écran de sa personnalité entre leur propre débiteur et la créance du défunt contre le tiers. Le seul lien qui rattache l'indivisaire à l'actif de l'indivision, c'est sa part, qui ne se réalisera qu'au partage. En attendant on concevrait difficilement que le créancier personnel de l'héritier puisse exercer une saisie-arrêt entre les mains du débiteur du *de cujus*. Et, à l'évidence, c'est le créancier successoral qui profite de cet ordre : en ce qui

[10] Les actes conservatoires, en revanche, sont parfaitement valables (*D.* 2002, p. 2533 : la déclaration de la créance assimilée à un acte de conservation des biens).

le concerne il est directement créancier de l'indivision, et il pourra saisir les sommes dues à l'indivision par les tiers[11].

**693. COMPENSATION DE LA CREANCE SUCCESSORALE ET DE LA DETTE PERSONNELLE D'UN INDIVISAIRE.** — Lorsqu'un étranger à l'indivision, débiteur du défunt, devenu débiteur de l'indivision, serait simultanément créancier d'un indivisaire, la question de la compensation se pose, uniquement pour la portion dont est gérant l'indivisaire. Il s'agit en réalité d'un cas classique, qui relève de l'étude de la compensation[12]. Celle-ci est difficile à admettre, parce que la condition de réciprocité fait défaut. En effet, selon la vision personnificatrice de la masse, l'indivisaire débiteur du tiers et l'indivision créancière du même sont des personnes autonomes que rien ne relie, si ce n'est la perspective du partage. L'on pourrait distinguer. Interdira-t-on la compensation qu'invoquerait ou qu'opposerait le tiers aux poursuites de l'indivisaire ? La compensation revient à ce qu'il se libère de sa dette en contraignant l'indivision, son créancier, à prendre l'indivisaire pour débiteur, plutôt que lui. Ce serait une sorte de délégation imposée au délégataire. Que ce soit l'indivisaire (c'est-à-dire le créancier) qui réclame le paiement, ou que l'initiative provienne du débiteur, quoi qu'il en soit un créancier n'a pas à se voir imposer d'être satisfait autrement que par l'objet du paiement. Ce ne peut être dans l'intérêt de l'indivision que si l'indivisaire est personnellement plus solvable que le tiers. Quant à la compensation opposée ou

[11] La compensation pourra, par conséquent, avoir lieu, entre créance et dette successorale.
[12] Cf. le cas du tuteur personnellement débiteur d'un tiers créancier de son pupille.

proposée au tiers par l'indivisaire gérant, elle semble encore plus difficile à admettre, dans la mesure où le gérant n'est pas habilité à disposer de la créance du défunt.

**694.** **DISCUSSION DU CAS. —** Mais la raison favorable au jeu, en tous cas, de la compensation, c'est que compensation ou paiement réel aboutissent au même. En tous cas ce n'est pas le représenté qui doit profiter du paiement, mais le gérant *accipiens*, qui sera de toute manière débiteur du représenté. Il demeure néanmoins que si le gérant est insolvable, il vaut encore mieux, plutôt que de voir s'éteindre la dette du tiers sans rien encaisser en retour, que le gérant perçoive de l'argent et qu'il reste débiteur du tiers, quitte à ce que l'indivision et le tiers soient ensuite en concours[13].

**695.** **CONFUSION DE LA CREANCE SUCCESSORALE CONTRE L'INDIVISAIRE. —** Lorsque l'héritier était débiteur du défunt, en bonne logique la créance successorale ne doit pas, toujours pour la fraction que lui indique l'art. 1220, s'éteindre par

[13] Lorsque, dans l'autre sens, c'est le gérant qui est créancier du tiers, et le tiers créancier du défunt, libre au gérant de préférer s'endetter contre une indivision insolvable plutôt que de percevoir réellement le paiement de son obligation.
Il est aisé d'admettre que le créancier du tiers, *représentant* le débiteur du même, compense, *s'il y consent* (c'est la nuance), sa créance avec la dette du représenté. Le représentant (le tuteur, jadis l'époux dotal) peut fort bien payer de ses deniers propres les dettes du représenté (le mineurs, jadis l'épouse dotale) ; son recours contre le débiteur s'impute au passif du compte des reprises auxquelles celui-ci pourra prétendre. Il est plus difficile d'admettre que le représentant éteigne ses propres dettes grâce aux créances du représenté, parce qu'il semble anormal que le représentant paie ses propres dettes avec l'actif du représenté, augmentant par là dangereusement sa dette de retour à son égard. Dans cette discussion, cependant, A. Duranton, 4ème éd., Paris, 1844, vol. 12, n°415, p.503, avançait un argument difficile à contrer. Si le représentant, disait-il, a le pouvoir de percevoir le paiement des créances du représenté, pourquoi exigerait-on du tiers qu'il verse la somme due au représentant, puisque celle-ci, fongible, pourra bien servir au représentant à payer sa propre dette (cf. *supra* note 52 sous n°639).
Mais il demeure que la compensation ne saurait s'opérer *ipso iure*, à l'encontre de la volonté du représentant créancier. Par conséquent, lorsque le représentant d'un incapable souhaite compenser sa propre dette avec la créance du représenté il faudrait qu'il obtienne une autorisation du juge ou de l'organe compétent.

confusion, parce qu'elle n'entre pas à l'actif du débiteur. L'obligation ne s'éteindra qu'à condition que la créance du *de cujus* soit affectée, lors du partage, à l'indivisaire qui en est le débiteur. Néanmoins il peut sembler juste que l'indivisaire procède à la confusion, étant donné qu'en tant que débiteur il peut payer sa dette. Mais de manière générale l'on voit mal l'intérêt d'une telle opération puisque, s'il est l'*accipiens* d'une créance successorale, la masse a un recours contre lui. Que le rapport ait lieu en nature ou en valeur, le débiteur de l'obligation est le même.

**696. INDIVISAIRE DEBITEUR DU DEFUNT ET INDIVISAIRE *SOLVENS* D'UNE CREANCE SUCCESSORALE. —** L'on voit donc comment s'organisent les choses. Lorsque le débiteur est un étranger à l'indivision, et qu'il paie avant le partage, l'indivisaire *accipiens* s'endette envers la masse ; lorsque l'indivisaire est originairement débiteur du défunt, l'ouverture de la succession le constitue directement débiteur de la même masse. En somme, l'héritier débiteur du *de cujus* et l'indivisaire *accipiens* d'une créance successorale contre un étranger sont débiteurs de l'indivision, et c'est ce en quoi ils rapportent leur dette le jour du partage.

# Chapitre 2
# Le rapport et la distribution des créances héréditaires lors du partage

Les créances du *de cujus* sont inscrites à l'actif de la masse partageable. Elles sont comptabilisées pour l'évaluation de la masse partageable. Une prise en compte qui resterait purement comptable pourrait encore se comprendre. Mais loin de s'en contenter, l'on conçoit, dans cette théorie, que le partage puisse revenir sur la division initiale des créances commandée par l'article 1220. Nous avons déjà vu que d'après cette théorie, la masse partageable se compose de biens et de créances. Les créances successorales figurent dans la masse afin de faire l'objet, par l'opération du partage, d'une distribution selon des proportions parfaitement indépendantes de la division relative, au prorata des parts, que fixait l'article 1220 à l'ouverture de la succession. De telle sorte qu'en revenant sur cet ordre, la question se pose du rapport des créances successorales, et de leur présence dans la masse partageable, en nature ou en valeur.

## Section 1
## Logique de la distribution des créances héréditaires

**697. IDENTITE DU DEBITEUR. —** L'identité du débiteur du *de cujus*, héritier ou étranger à la succession, devrait en bonne logique rester indifférente. Il n'en est rien. La distribution des créances variera d'abord en fonction de cela.

### §1
### *Le* de cujus *était créancier d'un indivisaire*

**698. CONCEPTION GERMANISTE DU RAPPORT DES CREANCES SUCCESSORALES. —** Les dettes contractées par un héritier envers le défunt constituent l'une des difficultés essentielles de la matière[1]. A notre avis il ne faut pas les rapporter. Au contraire, la plupart des auteurs actuels en font précisément l'archétype de la dette rapportable. Et il est caractéristique de la théorie personnificatrice d'agréer l'idée que l'héritier doive rapporter au partage la dette qu'il a contractée à l'égard du défunt.

**699. LE GEL DE L'OBLIGATION JUSQU'AU PARTAGE. —** La dette envers le défunt est entendue comme une dette envers la masse successorale. Si le débiteur du défunt est un indivisaire, la créance successorale est en quelque sorte gelée jusqu'au partage[2]. Ce qui interdit par exemple la compensation[3]. Le jour du partage, la

[1] *Dette du successeur envers le défunt.* Bibliographie : F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°871, pp. 695-696 ; M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°863, p. 838.

[2] C'est ici qu'une disposition de la loi du 23 juin 2006 introduit la possibilité *pour le débiteur* de payer, la créance n'étant pas exigible avant la clôture des opérations de partage (C. civ. art. 865).

[3] Civ. 11 janv. 1937, Mulle, S. 1938.1.377 note H. Battifol, D.H. 1937.101 (avec une erreur sur la somme), Rtd civ. 1937.404 obs. R. Savatier, Gaz. Pal. 1937.1.521, Rép. gén. du not. 1937, art.

créance figure donc à l'actif de la masse partageable[4]. Elle figure au milieu des biens et des créances qui servent à composer les lots.

**700.** **ATTRIBUTION DE LA CREANCE A L'INDIVISAIRE DEBITEUR DU *DE CUJUS*. —** La créance sera attribuée en priorité et préférentiellement, pourrait-on dire, à l'héritier qui en est le débiteur. Son lot sera d'abord composé de la créance. L'héritier débiteur du *de cujus* est donc rempli de ses droits successoraux par l'attribution qui lui est faite de la créance qu'a la masse en place du *de cujus* contre lui-même. Une créance qui évidemment s'éteint alors *ipso iure* par confusion[5].

**701.** **PRELEVEMENTS CORRELATIFS DES COPARTAGEANTS DE L'INDIVISAIRE DEBITEUR. —** Tandis que l'on compose le lot du débiteur du défunt, on allotit simultanément et dans la même mesure ses coïndivisaires. Ils prélèvent ainsi des biens ou le cas échéant d'autres créances pour une hauteur toujours exactement équivalente de

---

24.867. Dans le cas d'une dette contractée par un héritier envers le *de cujus*, le notaire avait appliqué la technique dont nous parlons. Il avait approvisionné l'héritier débiteur en lui attribuant, jusqu'à concurrence de ses droits successoraux, la créance possédée par la succession contre lui-même; et cette portion de sa créance (qui excédait encore ses droits), détachée de l'actif pour constituer l'élément unique de son lot, s'était éteinte par confusion. Travail homologué par un arrêt de la Cour d'appel contre lequel fut dirigé un pourvoi que rejeta la Cour de cassation. Mais ce qui était en cause ici c'était moins le mode de règlement en lui-même, que la question du blocage de la dette jusqu'au partage (impossibilité de compenser avant le jour du partage). A cet égard il faut noter le motif pour interdire la compensation entre la créance et les droits successoraux: "aucune compensation légale ne saurait se produire entre le droit réel de copropriété qui appartient à un héritier sur l'ensemble des biens meubles et immeubles laissés par le *de cujus*, et la dette, obligation personnelle, dont il peut être tenu envers l'hérédité."

[4] C'est prévu expressément par la loi du 23 juin 2006 (nouvel art. 825 al. 2 C. civ. : « la masse partageable […] est augmentée […] des dettes des copartageants envers le défunt »).

[5] Tout bien considéré l'opération s'apparenterait plus à une compensation, la part de l'héritier sur la masse étant mise en balance avec la créance de la masse contre lui. Comp. la formule de Req. 21 oct. 1902 qui parle d'une *compensation* entre *l'émolument* que l'intéressé est appelé à recueillir dans la succession et *les sommes* qu'il doit à cette succession. Mais même alors nous ne pensons pas qu'il y ait entre les deux choses une connexité suffisante pour violer les droits des tiers.

ce que le débiteur prend de la créance successorale. En pratique il est un seul cas où l'on retombe exactement sur le résultat qu'indique le principe de division initiale des créances, c'est lorsque la masse n'est composée en tout et pour tout que de la seule créance du *de cujus* contre l'un des héritiers[6].

**702.** REMISE EN QUESTION DE LA DIVISION PROVISOIRE. — A l'inverse, la créance successorale sera attribuée *en totalité* au débiteur lorsqu'elle serait inférieure ou égalerait la valeur de sa part abstraite sur la masse[7]. Et de même, lorsque la masse ne suffirait pas, c'est-à-dire lorsque la créance serait supérieure à la part du débiteur, elle ne lui sera attribuée qu'à cette hauteur, ses copartageants se voyant attribuer le surplus de la créance successorale *dans la proportion nécessaire*[8]. De la sorte, au regard de la division provisoire de la créance, le débiteur reçoit en tout ou en partie les portions gérées par ses coïndivisaires en plus de celle qui lui était déjà affectée.

**703.** CRITIQUE DE CES SOLUTIONS. — Les prélèvements des autres indivisaires sont le corrélat de l'attribution de la créance au débiteur. Rapport et prélèvement sont compris comme allotissements. Le tout s'intégre au partage. Cela ne nécessitte pas la moindre cession de créance des héritiers au débiteur du défunt, puisque ce ne sont pas eux les créanciers, mais l'entité indivision. Et l'opération du

[6] Cela est logique, et c'est pourquoi la division des créances peut, de façon erronée, apparaître au regard comme l'exemple du partage partiel (v. A. Mazeaud, *Le partage partiel*, thèse Paris 2, 1983).

[7] Si l'héritier épuise sa part dans un rapport, il n'y a logiquement aucune raison de lui reconnaître encore le moindre droit sur une portion supplémentaire de la masse, mais l'on complétera naturellement son lot lorsque le montant de la dette serait inférieur à sa part.

[8] En ce cas la répartition de la créance confirme pour une part et infirme pour une autre, dans des proportions variables, la division initiale et provisoire de la créance.

prélèvement n'a rien d'un paiement[9]. L'indivisaire que l'on pourrait dire créancier en vertu de la division des obligations ne prélève pas en qualité de créancier, ce qu'il n'a jamais été, mais bien en tant que copartageant. C'est bien selon cette logique personnificatrice que l'héritier débiteur du défunt voit s'évanouir sa part et qu'avec lui ses créanciers assistent impuissants à l'évaporation de leur gage. Les éventuels biens indivis échappent parfaitement aux créanciers personnels de l'héritier débiteur du défunt, puisqu'ils ne sont plus du tout censés transiter par son patrimoine, mais tombent directement dans ceux de ses copartageants. La masse étant personnifiée artificiellement, l'on ne perçoit plus qu'en réalité le créancier a obtenu de remplacer sa créance contre un bien et réciproquement le débiteur, pour voir son obligation s'éteindre par confusion, a été privé de sa part en nature[10].

**704.** **LE RAPPORT DES CREANCES SUCCESSORALES, PARADIGME GERMANISTE DU RAPPORT EN VALEUR. —** Tel est, pour la théorie personnificatrice, le paradigme du rapport en valeur. L'on y analyse le rapport comme l'allotissement de l'indivisaire débiteur envers la masse au moyen de la créance qu'a la masse contre lui. Il est exact qu'en régle générale la valeur de ce que l'héritier rapporte fictivement soit

[9] Dans un arrêt du 21 oct. 1902 la chambre des requêtes de la cour de cassation refusa au rapport la qualité de paiement. En l'occurrence un héritier était titulaire de deux dettes envers son coïndivisaire. La part abstraite de l'héritier débiteur sur la masse partageable était inférieure au montant du total additionné de ses deux dettes. Or, l'une des deux dettes était hypothécaire et l'autre chirographaire. Le débiteur prétendait suivre son intérêt et éteindre par le rapport en priorité sa dette hypothécaire. Tout dépendait de la nature du rapport, paiement ou partage, car s'il s'agit d'un paiement, en droit commun le *solvens* a le choix de la dette sur laquelle il entend imputer son paiement. La cour de cassation lui refusa ce droit, ce qui suppose qu'elle décida que le rapport n'était pas un paiement. *Req.* 21 oct. 1902 (arrêt Caron c/ Sourmais, rejet du pourvoi contre Douai, 7 fév. 1901), *D.* 1907.1.41, note Ambroise Colin ; *S.* 1908.1.508.
[10] Cf. *supra* n°591.

prioritairement imputée sur son lot, et c'est ainsi que le débiteur épuise par son rapport sa part dans la succession du *de cujus*. Mais ici l'on considère que la créance représente ce que rapporte l'héritier, et l'on constitue son lot de celle-ci. La notion d'une dette de l'héritier envers le *de cujus* se confond avec celle de ce que doit rapporter l'indivisaire à l'indivision.

## § 2
## *Le* de cujus *était créancier d'un étranger*

**705.** LOGIQUE DU PROCESSUS. — Quant aux créances successorales dirigées contre des étrangers à l'indivision[11], elles font l'objet d'une autre pratique, également dirigée contre la division de plein droit des créances successorales et qui obéit encore à la logique personnificatrice du rapport des dettes.

**706.** LE PRELEVEMENT DE LA CREANCE SUCCESSORALE. — Il s'agit toujours de faire figurer des créances du *de cujus* dans la masse pour les distribuer entre les héritiers autrement qu'elles ne l'ont été à l'ouverture de la succession. Mais le mouvement est en sens inverse du précédent. Il ne s'agit plus, pour les copartageants, de se débarrasser des créances du défunt, pour les attribuer en priorité à l'héritier débiteur du *de cujus* (censé être le débiteur du rapport). Il s'agit au contraire de priver un copartageant, débiteur, par ailleurs, du rapport, de celles des créances successorales qui seraient dirigées contre des tiers.

[11] *Créances du défunt contre les tiers.* Bibliographie : F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, n°866, pp. 693 ; M. Grimaldi, *op. cit.*, n°862, pp. 837-838.

**707.** L'INDIVISAIRE TENU A UN RAPPORT EN VALEUR. — Cette pratique concerne donc la nature de l'objet du prélèvement. Dès lors que les créances du défunt figurent dans la masse, les créanciers du rapport pourront en faire l'objet de leurs prélèvements. Il suffit que l'un des héritiers épuise partiellement ou totalement sa part dans un rapport (quelconque, même justifié selon nous) pour que corrélativement les créances successorales dirigées contre des étrangers fassent l'objet des prélèvements de ses copartageants, créanciers du rapport. Autrement dit, l'on soustrait du lot de l'indivisaire tenu au rapport la portion de créance successorale que lui avait confié la division initiale.

**708.** ARGUMENT EN FAVEUR DE CETTE DISPOSITION. — L'on prétend, selon cette vision des choses, que de respecter la division des créances au prorata des parts accroîtrait d'autant l'avance prise par l'héritier sur ses copartageants. Il est vrai qu'en augmentant sa part à l'aide de créances dirigées contre des tiers, l'on accroît les chances pour qu'à l'issue du partage le rapport se traduise par son endettement envers ses copartageants[12].

**709.** L'ARGUMENT D'EQUITE. — Pour défendre chacune de ces pratiques (celle qui, le jour du partage, attribue à l'héritier débiteur du défunt toute la créance que le défunt avait contre lui, comme celle qui permet au créancier du rapport d'exercer son prélèvement sur les créances successorales du débiteur du rapport)

[12] Exactement comme l'on comprend que l'héritier s'est endetté envers ses coïndivisaires lorsqu'il a perçu le paiement de sa part de la créance du *de cujus* contre le tiers.

l'on avance toujours le même argument d'équité. Examinons cet argument, indépendamment de la rigueur de toute l'opération.

**710. HYPOTHESES DE FAIT QUI FONDENT CET ARGUMENT. —** Cet argument repose sur une hypothèse de fait. L'on suppose que l'héritier tenu au rapport, ou débiteur du défunt, est insolvable, et, au besoin, qu'il a des créanciers personnels avec lesquels ses copartageants seront dangeureusement en concours. En ce qui concerne l'étranger débiteur du défunt, on suppose qu'il sera, lui, parfaitement solvable. C'est la condition pour percevoir le caractère équitable de ces opérations.

**711. FRAGILITE DE L'HYPOTHESE. —** Mais qu'est-ce qui permet d'assurer que ce sera toujours le cas en fait? Et sinon, comment procèdera-t-on alors? Prenons l'hypothèse où l'héritier tenu au rapport serait solvable, précisément, alors que le tiers débiteur du défunt ne le serait pas. En enlevant à cet héritier, sous prétexte qu'il est tenu au rapport en valeur, sa part de créance contre le tiers, pour la donner à ses copartageants, sous prétexte qu'ils doivent prélever quelque chose, on opère de telle sorte que l'un des héritiers aura toute sa part (celle qu'il a prise d'avance et qui justifie le rapport) et les autres rien. Car quel recours auront ses copartageants contre lui? Aucun. Et s'il faut distinguer les solutions applicables selon les circonstances en fait, alors il suffit de considérer ce fait que la valeur d'une créance, soumise comme elle l'est à la fortune du débiteur et aux

fluctuations de son passif, est aléatoire, pour se demander comment les notaires font, en pratique, pour expliquer la justice de leurs opérations[13].

## Section 2
## Résultat de la distribution des créances héréditaires

**712.** **Cas de distribution au prorata des parts. —** Plusieurs cas de figure se rencontrent en pratique. La distribution peut très bien se faire au prorata des parts. Lorsque l'on divise lors du partage la créance au prorata de la vocation de chaque héritier sur le tout, classiques et germanistes se trouvent au moins d'accord sur le résultat et sur l'avenir. Néanmoins, en cette hypothèse des divergences demeurent relativement à la gestion de la phase intermédiaire, entre l'ouverture de la succession et le partage. Mais ces divergences n'ont pas lieu d'apparaître, parce que chaque indivisaire conserve en nature ce qu'il avait rapporté de façon purement comptable.

**713.** **Hypotheses controversees. —** Mais toute autre répartition peut se rencontrer, parce que la répartition des créances dépend des aléas du partage et de la manière dont on compose les lots. Dès lors que le partage distribue les créances successorales selon une proportion différente de celle établie par l'article 1220, les divergences doctrinales peuvent apparaître. En réalité, il n'y a pas encore de discussion dans l'hypothèse où, premièrement, la créance est présente et intacte, c'est-à-dire impayée et non cédée, et où, secondement,

[13] Cf. le complément apporté à l'al. 1er art. 884 C. civ. par la loi du 23 juin 2006.

l'héritier cédant n'a pas de créancier susceptible de se manifester. Mais il suffit, pour générer un conflit, que cette pratique débouche soit sur le cas d'une créance que le débiteur a déjà payée, en toute bonne foi, à l'héritier auquel la division des créances l'avait déjà attribuée, soit sur celui d'une créance qui se serait éteinte autrement, ou qui même aurait été cédée à autrui. Et la question de la nature et de l'effet de la redistribution, ainsi que de la portée de l'attribution des créances pendant l'indivision, se pose d'autant plus clairement que l'indivisaire privé de sa portion de la créance a des créanciers qui peuvent estimer que c'est leur gage qui s'échappe. Il suffit alors qu'un créancier du premier attributaire élève des prétentions lors du paiement.

**714. Le conflit de l'article 1220 et de l'article 883. —** C'est dans de telles hypothèses que surgit le fameux cas de conflit de l'article 1220 et de l'article 883 du code civil. Le sens de ce conflit est d'opposer les deux régimes concurrents possibles pour les créances successorales. A l'image des biens, les créances successorales sont susceptibles d'être rapportées en nature ou en valeur. Si l'on applique aux créances du *de cujus* le régime du rapport en nature (valable en principe pour les biens successoraux immeubles[14]), le partage a un effet déclaratif, par conséquent l'attributaire de la créance est censé avoir été rétroactivement le seul et unique créancier depuis l'ouverture de la succession. Le ou les attributaires provisoires de cette créance la rapportent donc en nature.

[14] Dans le cas des créances de prix de vente, cet emprunt du régime juridique d'une catégorie par l'autre ira de soi, comme conséquence de la subrogation réelle, lorsque l'on concevrait que la créance de prix est représentative du bien immobilier. Mais ici il s'agit des créances du *de cujus*.

Si l'on applique la logique du rapport en valeur (qui est naturellement celle des biens successoraux meubles), le partage a un effet translatif. C'est l'idée que la redistribution des créances se fait au moyen de cessions de créances, cessions qui ne sont pas déclaratives. Il suffit en ce cas que le paiement ait été effectué avant le partage, ou que de toute manière la créance soit éteinte, pour que celle-ci soit rapportable en valeur.

**715.** SOLUTION GERMANISTE : DIVISION PROVISOIRE ET RELATIVE DES CREANCES. — Pour le courant germaniste, la question est aisée à résoudre. La division de l'article 1220 est perçue comme *relative*, et propre à un stade *provisoire*[15]. La distinction du domaine respectif du rapport en nature ou du rapport en valeur est donc fonction du critère des régles de gestion que nous avons vu[16].

[15] P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°244, p. 193.
[16] *Supra* n°690. M. Grimaldi, *op. cit.*, n°918-919, p. 902.

*Conclusion du titre.*

**716.** **Personnification de l'indivision. —** Le courant germaniste suppose que l'on conçoive la personnalité juridique de l'indivision, car il faut bien supposer un créancier derrière la créance[1]. Il promeut des solutions que désavoue l'analyse classique. La perspective que nous avons amorcée sur le terrain du partage et que nous allons compléter ici va nous permettre de nous livrer à une analyse critique précise de toute cette dérive.

[1] H. Capitant avait bien vu que d'inclure les créances dans la masse partageable affectait essentiellement la nature de celle-ci : « L'indivision n'est pas, comme on le dit ordinairement, un simple état de copropriété. La copropriété est la division en parts idéales entre les cohéritiers du droit de propriété sur les meubles et immeubles corporels qui appartenaient au défunt ; or, il ne peut être question de copropriété pour les créances et les autres biens incorporels. » (H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 22).
P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°688, pp. 510-511 (« les coïndivisaires peuvent être personnellement créanciers ou *débiteurs* de la succession et il y a lieu d'établir un compte entre celle-ci et chacun d'eux » (nous soulignons) ; n° 690. « Les obligations des héritiers. Le rapport des dettes. ». Ph. Malaurie, 4ème éd. avec le concours de P.-J. Claux et N. Gouzigou-Suhas, Paris : Cujas, 1998, (exemple de personnification sans vergogne) n°871, p. 455 et n°873, p. 456 (« dette de l'héritier envers le défunt ») ; H., L., et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, n°1765, p. 889 et n°1687, p. 812.

# Titre 2
# Principes classiques de la succession aux créances héréditaires

**717.** **Transmission et division.** — Pour le courant doctrinal classique, que nous défendons, c'est tout simplement la transmission universelle qui, compte tenu de la nature des créances, éclaire directement le principe de leur division de plein droit. En amont de la règle de division des créances, il y a donc le principe de leur transmission successorale.

# Chapitre 1
# Le principe de transmission personnelle des créances héréditaires

Nous commencerons par le cas général, avant d'envisager, comme ils le méritent, certains cas complexes, dans les contextes si particuliers de séparation des patrimoines ou de bénéfice d'inventaire.

## Section 1
## La transmission des créances en règle générale

**718.** L'HERITIER DEVIENT PERSONNELLEMENT CREANCIER A LA PLACE DU *DE CUJUS*. — Si des droits comme l'usufruit[1] et le droit de retour[2] s'éteignent évidemment au décès de leur titulaire, sauf indication contraire, et hormis une créance aussi étroitement attachée à la personne que la créance d'aliment[3], l'héritier devient

[1] Aubry et Rau, 4ème éd., Paris, 1867-1879, t.1, § 82, p. 327 (mort civile) ; P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°185, p. 327 (caractère viager de l'usufruit). Gaïus, *Institutes*, III, 82 (adoption et manu).

[2] C. civ. art. 951 (spéc. al. 2, qui interdit là une substitution) et 952.

[3] Jadis, sous l'institution de la mort civile, le *de cujus* perdait la personnalité civile et sa succession était ouverte, mais il conservait jusqu'à sa mort naturelle le droit de réclamer des aliments à ses débiteurs (enfants, ascendants, conjoint et beaux-parents); il conservait son droit à une pension alimentaire, l'usufruit, gratuitement concédé à titre alimentaire, le droit d'usage et d'habitation constitué à titre gratuit et jusque y compris la faculté de recevoir, même à titre gratuit, lorsque c'était encore pour cause d'aliment. Dans cette mesure le mort civil conservait une certaine capacité et, par là, une forme de personnalité (en outre, dans le cas de rente viagère, le débirentier demeurait tenu, mais envers les successeurs du crédirentier, jusqu'à la mort naturelle de ce dernier – Aubry et Rau, *op. cit.*, § 82, texte pp. 327-328). Mais non point la personnalité civile, et à sa mort naturelle les biens qui pouvaient rester ne donnaient pas lieu à

créancier à la place de son auteur[4]. C'est à la lumière de la nature des créances qu'il faut envisager le fondement du régime de leur transmission successorale.

## § 1
## *La nature des créances*

**719.** CONCEPTION PERSONNALISTE DE LA CREANCE. — On trouve dans les *Topiques* de Cicéron cette formule juridique qui va à l'essentiel: *multum enim differt in arcane positum sit argentum an in tabulis debeatur*[5]. Le patrimoine n'est réellement constitué que de biens tangibles, meubles et immeubles. Le terme de créance ne désigne rien d'autre que le versant actif de la relation d'obligation. Le rapport obligatoire est établi entre deux personnes. C'est une relation de confiance. L'une est débitrice, l'autre est créancière. On nomme créancier celui des deux qui est bénéficiaire de promesses à lui faites et d'engagements d'une personne envers lui[6]. La créance est le crédit qu'accorde une personne à celle qui lui donne sa parole, c'est une promesse que le créancier pourra invoquer[7]. A

---

ouverture d'une succession mais allaient à l'Etat par droit de déshérence.
Mais la créance d'aliment présente en réalité un caractère curieusement inextinguible. En effet, même après la mort naturelle, il est frappant de constater que le cercle des proches tenus aux soins funéraires coïncide avec celui des débiteurs d'aliments, sans nécessairement correspondre avec celui des héritiers. L'on dirait que l'obligation alimentaire se prolonge *post mortem*. Rappr. la protection de la mémoire du mort et la défense de son honneur.

[4] Cela n'empêche que certains rapports juridiques noués par le *de cujus* ne peuvent se continuer avec son héritier. Ainsi les contrats successifs conclus en considération de la personne du *de cujus*. Contrat de travail, côté salarié : *D.* 1983.Jur.46 ; cf. Gaïus, *Inst.*, III, 82. Contrat de bail : P. Raynaud, *op. cit.*, n°185, p. 148 ; Soc., 15 nov. 1956, *Gaz. Pal.* 1957.1.150 ; *Bull. civ.* 1957. IV, n°837, p. 630 ; loi du 4 août 1972. Mandat. Société. L'assurance sur la vie ( !), mais lorsque le débiteur des primes n'est pas l'assuré l'on conçoit que cela pose question.

[5] Cicéron, *Topiques*, trad. H. Bonerque, Paris : Les belles lettres, 1990, III-16.

[6] Pour l'étymologie du terme de *créance* (et de dette), v. E. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*. Paris : Les Editions de Minuit, 1969, vol. 1, pp.121, 177-179, 182-190, vol. 2. *Pouvoir, droit, religion*,

[7] V. E. Benveniste, *ibid.*, p. 179 ; A. Sériaux, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Rtd civ* 1984, note 6, p. 803.

proprement parler il n'y a pas de créance, mais toujours uniquement une personne qui fait crédit à une autre. La créance n'est donc fondamentalement pas une entité détachable de la personne même du créancier, et encore moins autonome par rapport à lui. Il n'y a pas plus de créance sans créancier que de dette concevable si ce n'est grâce à un débiteur concret.

**720.** L'OBLIGATION ET LES BIENS. — Nous ne cherchons certes pas à nier que la relation de l'obligation aux biens soit étroite. Dans une certaine vision objective, la créance ce serait aussi l'*objet* de l'obligation, un bien qui est dû, et qui d'ailleurs coïncide, en ce sens, avec la dette, en tant que celle-ci est l'objet dû. Mais cet objet n'est précisément pas la propriété du créancier, et dans le cas d'un débiteur insolvable il peut fort bien n'être pas même en la propriété du débiteur. Et puis quand bien même le débiteur serait-il *in boni*, sa dette n'est pas déterminée, sinon il y aurait paiement, et l'obligation s'éteindrait. Pour le créancier, la créance ne traduit donc que l'espoir où il est de voir un jour un bien entrer dans son patrimoine. Réciproquement, la dette, pour le débiteur, signifie la sortie future d'un bien de son actif.

**721.** LA REIFICATION FICTIVE DE LA CREANCE EN COMPTABILITE. — Il est vrai, nous l'avons vu, que l'expectative s'inscrit dans la comptabilité des intéressés[8]. Dans une manière d'anticipation purement comptable sur le jour du paiement, les sommes des créances apparaissent au bilan du créancier dans la colonne actif,

[8] Cf. *supra* n°79.

sous les immeubles et les meubles, évalués eux aussi en monnaie. Réciproquement, le débiteur figure ses dettes à son passif, et l'on sait que la balance des comptes donne le résultat net. Mais ce n'est que fiction, représentation, vision du comptable qui *escompte* (pour jouer sur les mots) que l'obligation sera un jour exécutée. Anticipant sur ce moment futur, le comptable en tient compte. Mais un aléa pèse forcément sur cette exécution à venir. Il est vrai que le comptable peut intégrer le risque dans ses calculs, de même que sur le marché la valeur nominale d'une créance est normalement supérieure à sa valeur marchande. Tout cela est affaire de compte et de gestion, mais en réalité l'évaluation faite d'une créance ne garantit pas son paiement. La prospective financière la plus fidèle n'enlèvera jamais rien au fait que concrètement la créance est une relation de confiance de personne à personne.

**722.** **DISTINCTION ROMAINE DU *DOMINIUM* ET DE L'*OBLIGATIO*. —** Telle est la conception romaine de la créance. Elle se rattache à la distinction du *dominium* (propriété) et de l'*obligatio*, sur laquelle repose tout l'édifice. Cette dichotomie remonte aux temps les plus reculés de Rome, puisque l'on peut en voir la trace dans la distinction des procédures en *sacramentum in rem* et *in personam*. Le Code civil, dans la fidèle continuité du plan des *Institutes*[9], est construit sur cette distinction.

[9] Cf., pour le plan des institutes, J. Berriat Saint-Prix, *Précis du cours de législation*, Grenoble : Allier, an XI [1803], t.1, pp. 185-218, ainsi que les tables analytiques 1 à 5. ; *supra* introduction n°23 ; v. aussi, sur le destin moderne de la distinction, A. Sériaux, *Le droit naturel*, coll. Que-Sais-je ?, 2ème éd., Paris : Puf, 1999, pp. 77-78 ; A. d' Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, trad. A. Sériaux, Aix-en-Provence : Presses U. d'Aix-Marseille, 1990, n°47 *in fine* ; M. Villey, *Philosophie du droit, I. définitions et fins du droit,* coll. Précis Dalloz, 4ème éd., Paris : Dalloz,

**723.** **LA REIFICATION DE LA CREANCE EN DOCTRINE. —** Une certaine doctrine conçoit au contraire que la créance soit un bien, une *res*, objet de la propriété du créancier[10]. Cela consacre une confusion regrettable entre les créances et les *res*, les biens, meubles et immeubles. La cause de cette méprise sur les catégories

1984, note 1, p. 75.

[10] La thèse aujourd'hui bien connue de F. Zénati, à laquelle nous avons déjà fait allusion, est que la propriété est une puissance, attachée à la personne, qui s'exerce sur les choses, corporelles ou incorporelles, dont sont les créances (mais dont le droit de propriété est exclu). Une hypothèse historique soutient l'argumentation. Conquête du droit romain à son apogée, cette conception se serait effondrée par suite de la barbarie féodale ; l'idée serait ressortie de l'oubli, comme par la fulgurance d'un éclair génial, sous la Révolution : F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon 3, 1981, dactyl., et *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988. V. S. Ginossar, dont les travaux ont été prolongés par le précédent, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960 (spéc., sur la distinction de la propriété et de l'obligation, n°9, pp. 21-22). *Contra* F. C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. A. Dufour, Paris : Puf, 2006, p. 98 ; H. Battifol, note sous Civ., 11 janvier 1937, *S.* 1938.1, pp.379-380 ; J. Carbonnier, *Les biens et les obligations* (*Droit civil*, tome 2), coll. Thémis-droit privé, 4ème éd., Paris : Puf, 1964, n°25, p. 79, note 2. Voici des extraits de l'article de D. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », *Dalloz* 2002 (n° 44 du 19 décembre 2002), que nous avons souvent cité, parce qu'il approfondit les conceptions de la réification des créances : p. 3279 col a, « une « propriété générique » dont l'assiette virtuelle n'est plus constituée de biens déterminés mais d'une quantité de choses de genre à prendre, le cas échéant, dans une masse : celle qui détient le bénéficiaire de la « valeur fournie » par le « propriétaire de genre ». » ; p. 3281 col. b, « survivance du titre de propriété d'autrui à la confusion acquisitive de la chose au profit de son détenteur. », citation de Cornu, obs. *RTD civ*. 1961, p. 698, n° 4 : « ce droit réel planant et comme décroché du réel » ; explications pp. 3281 col b en bas : « la survivance du droit réel doit s'entendre ici non pas d'une propriété de la chose confondue même, mais d'une propriété à valoir, à due concurrence, sur l'ensemble des choses fongibles où elle se mélange dans l'actif du détenteur. Où l'on peut parler alors de « droit réel planant » pour désigner cette propriété, provisoirement non allotie, qui plane sur la masse présente et future d'un genre déterminé de choses au sein du patrimoine-cible du détenteur soumis à restitution. Détachée du réel sur l'on veut, en ce qu'elle a un objet abstrait (une quantité d'un tout générique), cette propriété n'en est pas moins, au sens propre, virtuelle : elle réunit les conditions essentielles de sa réalisation. Momentanément privée de l'exercice de ses attributs, par la dilution contingente de son objet, elle caractérise la survivance du titre réel à la confusion mobilière. Ce titre même qui ouvre, à son titulaire, la voie de la revendication. » ; et 3282 col a en haut : « il y a bien (…) dualité de propriété (celle du détenteur et celle du destinataire de choses confondues), ces droits ne coexistent ni dans la même teneur ni dans le même plan : où l'assiette de l'un, déterminée, en permet l'exercice de tous les attributs, l'assiette de l'autre, simplement déterminable, le réduit à un droit latent. L'un vaut titre de plein exercice, l'autre titre à revendiquer. (…) réalité nouvelle (…) d'un droit « flottant » sur un ensemble circonscrit de choses fongibles, et susceptible de se réaliser, à tout moment, par la délivrance volontaire ou forcée de son assiette d'exercice. Car flotter n'est pas un destin juridique ; seulement un épisode à clore, le cas échéant, par une demande de rétablissement de l'assise du droit en suspens. » ; conséquences p. 3283 col b : « Appliquée à l'argent, la revendication des choses fongibles présente (…) la caractéristique de pouvoir agir en continu, au fur et à mesure que se reconstitue, auprès du dépositaire, la masse d'exercice de la propriété générique de ses clients déposants. Jusqu'à épuisement des droits de ceux-ci au rétablissement de l'assiette de leur propriété flottante, toute somme advenue à l'entreprise, à quelque titre que ce soit, est grevée de restitution et soustraite, par conséquent, à la procédure. »

fondamentales du droit civil provient peut-être de la notion de *res incorporales*. Cicéron, Gaïus ou Tribonien traitent certes de la distinction des corporels et des incorporels, mais ils n'en traitent pas en tant qu'objets de la propriété. Leur propos relève, non de l'ontologie, mais de l'épistémologie. En effet, il n'est pas question de *res* objet de propriété, mais de choses objet de connaissance pour le juriste. Les *res incorporales*, ce sont les notions intangibles. Si la créance est une chose, c'est pour l'esprit, au plan épistémique, au regard du théoricien, juriste ou économiste, mais certainement par en tant qu'objet d'appropriation[11]. La catégorie des *res incorporales* est étrangère au droit civil, et en tant qu'elle provient de la philosophie elle serait peut-être même étrangère à la pensée latine[12].

## § 2
## *Fondement de la transmission successorale des créances*

**724.** LE REGIME SPECIFIQUE DES CREANCES. — Dans un système qui conçoit les créances ainsi que nous venons de le dire, il est naturel que leur transmission et leur négociabilité se conçoive autrement que celles d'un meuble ou d'un immeuble. Toute l'histoire du droit civil le prouve. Dès l'origine le droit des obligations s'est révélé un foyer d'inventivité, de précision conceptuelle et de

[11] Il y a un point commun entre la notion philosophique et l'obligation. L'expérience philosophique, c'est comme le prêt, une source d'obligation, et le souvenir, qui constitue la science, c'est comme la restitution, l'exécution de l'obligation, qui est le retour du même (v. Platon, *Le Banquet*, 206, b et 208, a-b..

[12] Cf. M. Villey, *Le droit romain*, coll. Que sais-je ?, 8ème éd., Paris : Puf, 1987, pp. 71-72 ; *Supra* note 43 sous n°64.

rigueur intellectuelle sans comparaison. Qu'il ait fallu fournir tellement d'effort pour instituer la cession de créance (Gaïus II, 38-39), la délégation, la subrogation personnelle, la saisie-arrêt (saisie-attribution), l'action directe, le cautionnement ou la compensation, et qu'il soit aujourd'hui encore si difficile de distinguer tous ces mécanismes ne peut s'expliquer autrement que par la nature de l'obligation. Si la créance avait été un bien, rien de tout cela n'aurait été nécessaire. Nous comprenons d'ailleurs très bien que longtemps les créances soient restées difficilement commercialisables, et il faut avoir complètement perdu le sens des réalités pour agréer que l'on jette par dessus bord tout l'attirail classique du droit civil sous prétexte que dans nos sociétés libérales les créances, par réification, sont désormais des biens[13]. Toujours est-il que le fait que les créances ne soient pas des biens n'interdit pas fondamentalement les cessions de créances et les recours subrogatoires. Et réciproquement la transmission successorale des créances ne signifie pas que l'obligation soit un bien.

**725.** **La transmission successorale des creances.** — La transmission des créances d'auteur à ayant cause a toujours été admise, y compris aux époques où la cession de créance ne l'était pas. La transmissibilité successorale des créances ne devrait donc pas contredire leur nature. Lorsque le *de cujus*, en mourant ou

[13] La conception romaine tiendrait (étrangement, d'ailleurs) du *barbarisme juridique*, dans la mesure où le lien trop étroit de la créance à la personne aurait été balayé par le progrès des idées et des mœurs (P. Raynaud, *op. cit.*, n°238, p. 188). Mais le sort qui est fait aux créances sur le marché actuel reste tout de même problématique. Les juristes ont l'air d'ignorer les crises économiques et les krachs boursiers en série, et laissent certains économistes leur dicter ce qu'il faut en penser.

autrement[14], perd la personnalité juridique, c'est avec elle un créancier qui disparaît. Lorsque s'ouvre sa succession, ses créances ne peuvent rester en suspens mais doivent trouver la personne juridique avec laquelle coïncider. L'héritier sera créancier à la place du *de cujus*. Et nulle nécessité de réifier l'obligation pour l'expliquer.

**726.** EXPLICATIONS GERMANISTES DE LA CONTINUATION DE LA PERSONNE ET DE LA SUCCESSION AUX BIENS. — Dans le système de la succession à la personne, dont nous avons déjà longuement traité[15], les obligations actives et passives sont transmises à l'héritier. Cette transmission est l'effet, selon la formule consacrée, de la continuation de la personne du défunt par son héritier. Cette formulation est critiquable parce qu'elle évoque l'image d'une sorte d'opération de dédoublement de la personne du *de cujus*, à l'instant de l'ouverture de la succession, en personne naturelle et personne civile. La personne civile, créancière, survit au décès. Elle se désincarne du mourant pour aussitôt (sans hiatus, car elle ne saurait errer trop longtemps sans son double) se transfuser, se fondre et être absorbée par la personne civile du successeur[16]. En acceptant de succéder au défunt, son héritier en continue la personne civile, et perpétue par là-même les obligations de son auteur. L'idée sous-jacente à une telle image, c'est que la personne que concerne la relation obligatoire n'est pas la personne

[14] Nous pensons toujours au cas de disparition et à la mort civile du condamné, du religieux et du faillit.
[15] Cf. *supra* n°32, 34 et 35.
[16] Cf. *supra* n°50.

naturelle, mais une personne civile. Quant au système de la succession aux biens, il suppose plus radicalement et plus conséquemment que le successeur hérite d’une masse autonome, composée de créances à son actif. C’est donc bien une dénaturation de l’obligation qui est promue par la distinction des types de législations successorales en succession à la personne et succession aux biens. Cette analyse a d’abord été instaurée par une doctrine favorable à la vision germaniste, puis elle est demeurée, comme l’une de ses trop nombreuses habitudes, qui passent maintenant pour classiques.

**727.** LA REPRESENTATION DE L’HERITIER PAR LE *DE CUJUS*. — Il est moins trompeur de parler, avec le Code, de représentation[17]. Ce n’est pas que l’héritier s’adresse au débiteur du *de cujus* en tant que représentant de son auteur. Car il serait alors difficile d’expliquer que le représenté soit défunt. En réalité, la transmission des créances s’explique par ce que l’héritier est en position d’avoir été représenté par le *de cujus*. L’auteur, de son vivant, n’agissait donc pas uniquement en son nom propre, mais il parlait aussi pour ses ayants cause, et ceux-ci, lorsqu’ils acceptent la succession, héritent des créances à l’image d’un mineur qui accède à la pleine capacité et à l’administration de ses biens.

**728.** LA TRANSMISSION DES CREANCES EN DROIT ROMAIN DES SUCCESSIONS. — Il faut répéter que notre système successoral provient du droit romain. Or, en droit romain la succession procède intimement du système de la puissance paternelle.

[17] C. civ., section Du consentement, art. 1122 : On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention.

La personnalité juridique du fils de famille est en quelque sorte étouffée sous celle du père qui exerce sur lui sa puissance. De telle sorte qu'au décès du père la personnalité de celui-ci disparaissant, celle du fils, qui était là en puissance, libérée, se développe au grand jour, intégrant naturellement les dettes, les biens et les créances du défunt comme les siennes propres. L'on s'explique fort bien ainsi qu'il faille être *sui heres* pour succèder. Le père disparu, l'héritier se retrouve seul sans qu'il soit besoin d'en appeler à la continuation morbide de la personnalité de son auteur. En droit romain, comme le dit un texte cardinal[18], le fils sous puissance accède en quelque sorte à l'administration de ses biens, c'est-à-dire des biens qu'il tenait dans une forme de copropriété avec le défunt.

## Section 2
## Le cas de l'héritier débiteur du *de cujus*[19]

**729.** **Extinction de l'obligation entre heritier et *de cujus* par confusion et compensation. —** Il s'agit d'évoquer, à propos de la transmission des créances du défunt, un problème dont nous avons déjà partiellement traité relativement aux dettes successorales. Dans le cas où le futur successeur était débiteur du *de cujus*, il hérite nécessairement de la créance dirigée contre lui. L'obligation, par conséquent, s'éteint par confusion. Quant à l'héritier qui était débiteur d'un tiers débiteur du *de cujus*, il hérite, de même, de la créance de son auteur contre le tiers, et la condition de réciprocité se trouve remplie, qui permet le jeu de la

[18] *Dig.* 28.2.11 [Paul].
[19] Cf. le cas de l'héritier créancier *supra* n°566-574.

compensation[20]. Ces mécanismes signifient que l'on impute créance et dette sur la même ligne de compte de telle sorte que l'obligation s'éteint en l'absence de tout flux réel[21]. Dans ces cas la créance successorale doit donc s'éteindre en principe, par confusion ou compensation avec la dette personnelle de l'héritier, sans flux réel, en l'occurrence, ici, de l'actif personnel à l'actif successoral.

**730.** **CAS DE NECESSITE DE LA PROTECTION DE L'ACTIF SUCCESSORAL. —** Or, les règles de la succession peuvent conduire à distinguer actifs et passifs personnels et successoraux. Le privilège de la séparation des patrimoines instaure, sur l'actif successoral, une hiérarchie entre créanciers successoraux et créanciers personnels. Quant au bénéfice d'inventaire, il interdit en outre aux créanciers successoraux tout accès à l'actif personnel de l'héritier. Dans ces hypothèses, par conséquent, de transmission successorale pure et simple avec privilège de la séparation des patrimoines, et de transmission sous bénéfice d'inventaire, les créanciers de l'héritier d'origine successorale ont intérêt à conserver l'intégrité de l'actif successoral. L'extinction d'une créance successorale sans contrepartie réelle les léserait gravement. Confusion et compensation aboutiraient au même que de payer un créancier personnel grâce au prix de vente d'un bien successoral. Ce serait violer ouvertement la séparation des actifs personnels et successoraux.

[20] Sur le phénomène en matière de sociétés et d'associations, v. *supra* note 62 sous n°164.
[21] Cf. n°431.

**731.** **Relation de la creance successorale et de l’actif personnel de l’heritier. —** Il faut bien noter que la créance en cause est d’origine successorale, elle participe de l’actif successoral, gage des créanciers du défunt. Ceux-ci ont intérêt à voir sa réalisation aboutir. Quand bien même cet actif successoral serait corrélatif, directement ou indirectement, du passif personnel de l’héritier. Car il convient également de noter qu’en toute hypothèse la dette de l’héritier est d’origine personnelle, et qu’elle participe donc du passif personnel de l’héritier. En somme, les créanciers successoraux ne peuvent pas renoncer à réaliser cette portion de leur gage qui figure au passif personnel de l’héritier. Par conséquent, une *part* de l’actif personnel de l’héritier doit revenir à son actif successoral, afin d’être attribuée en définitive à son passif successoral.

**732.** **Injustice qui resulterait de la confusion et de la compensation. —** L’extinction de la créance, par confusion ou compensation, générerait, en cas de bénéfice d’inventaire, une situation paradoxale. En effet, voici que les créanciers du défunt, eux qui pouvaient, avant l’ouverture de la succession, atteindre, par le biais des créances de leur débiteur, l’entièreté du patrimoine de l’héritier, débiteur de leur débiteur (action oblique, saisie-attribution), ne le pourront plus. Lorsque l’acceptation est pure et simple ce n’est pas grave, car en ce cas ils sont, sur l’ensemble des biens de l’héritier, en concours avec ses créanciers personnels. Mais l’extinction de la dette de l’héritier acceptant diminue leur gage et leur nuit gravement, en revanche, en cas d’acceptation bénéficiaire, car alors

leur gage se cantonne à l'actif successoral, et l'acceptation de l'héritier fait disparaître une créance de cet actif. Autrement dit, un débiteur de leur débiteur disparaît sans avoir payé, et cela enrichit d'autant cet héritier bénéficiaire, et les créanciers personnels de celui-ci, car l'héritier paie en quelque sorte sa dette avec une créance du défunt. On comprend que la renonciation de l'héritier leur serait préférable.

**733.** REGLES PROTECTRICES DU GAGE DU CREANCIER SUCCESSORAL. — En interdisant, en cas de bénéfice d'inventaire ou de séparation des patrimoines, l'extinction des obligations par confusion ou par compensation[22], l'on cherche à produire un effet qui se comprend par la règle de limitation du gage des créanciers successoraux ou par celle du privilège[23]. Néanmoins, comme nous l'avons dit au sujet des dettes, il est difficilement concevable, sauf à personnifier la succession, que la créance successorale, dont est corrélative, directement ou indirectement, une dette personnelle de l'héritier, ne puisse pas s'éteindre. Confusion et compensation doivent donc avoir lieu. Mais l'ordre entre créanciers exige la tenue d'une comptabilité interne au patrimoine de l'héritier. C'est simplement que les créanciers successoraux ont droit à une part de l'actif personnel et qu'il n'est pas question de les en priver. Le but est que la dette personnelle de

[22] Caen, 10 mars 1884, *DP* 1885, 2, p. 9.
[23] Remarquons que dans l'affaire Rolland (Civ., 10 juill. 1893), le créancier du défunt agissait contre le débiteur principal héritier de la caution. La confusion sur une même tête des qualités de débiteur principal et de caution aurait dû éteindre le cautionnement. Mais si le créancier successoral peut poursuivre Léopold ès qualité d'héritier de la dette du défunt, c'est parce que la séparation des patrimoines a pour effet naturel de donner à Rolland, en tant que créancier du défunt, un privilège, sur l'actif successoral, relativement aux créanciers personnel de Léopold, qu'il perdrait évidemment s'il poursuivait Léopold en tant que débiteur principal.

l'héritier soit honorée, sur son actif personnel, dans le respect de l'égalité avec ses autres créanciers personnels. Cette part entre dans son actif successoral pour être attribuée aux créanciers successoraux, en vertu de leur privilège. Un compte spécial doit être érigé, sans qu'il y ait lieu d'en induire que la succession est une personne ou un patrimoine autonome[24].

**734.** PERSONNIFICATION DOCTRINALE DE LA SUCCESSION. — Si l'on cède, finalement, à la personnification artificielle de la succession, c'est à cause de la comptabilité interne dans laquelle la situation oblige à entrer. On préfère l'explication de la personne comme plus pédagogique. Le droit positif a donc introduit des aménagements qui contrecarrent radicalement tout déséquilibre entre les masses[25]; et ce sont eux qui semblent instituer la masse successorale en patrimoine autonome ou en personne morale, puisqu'elle est créancière ou débitrice comme une vraie personne juridique. Le cas illustre parfaitement une dérive qui fait passer de rapports internes au patrimoine d'une même personne à des relations externes, entre personnes juridiques distinctes. L'on aboutit ainsi, avec la succession du défunt, au même point qu'avec le contrat de société. Nous sommes en présence de phénomènes de personnification qui doivent se lire autrement. A première vue il y a personne morale ou patrimoine d'affectation. Mais à y regarder de plus près la qualification se fait plus précise. Ce sont des

[24] Sur ces deux dernières erreurs v. *supra* n°165 texte et notes.

[25] Il est question de relation juridique entre héritier et succession, A. Sériaux, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1986, n°167, p. 307. D'obligations susceptibles même de naître après le décès (R.-J. Pothier, *Traité des obligations,* Paris et Orléans, 1761, t.1, p. 137 ; A. Weil et F. Terré, *Les obligations,* coll. Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1980, n°86 et s.).

problèmes aigus de privilèges, de préférences et de propriété. Nous pensons que les règles actuelles peuvent être retenues telles quelles tout en faisant l'objet, non plus d'une analyse en terme de personne ou de patrimoine, mais de comptabilité.

**735.** **CAS DE L'HERITIER CREANCIER SUCCESSORAL ADJUDICATAIRE DE L'IMMEUBLE SUCCESSORAL SAISI. —** Cette figure de l'héritier débiteur du défunt ou débiteur d'un débiteur du défunt est précieuse pour analyser le cas de l'héritier créancier du défunt qui se porte adjudicataire de l'immeuble successoral, dont il a pu en outre prendre l'initiative de la mise aux enchères[26]. La règle qui permet à l'héritier de conserver le droit de réclamer *contre la succession* le paiement de ses créances signifie que l'héritier participera aux poursuites des autres créanciers successoraux contre la succession, voire, au besoin, les déclenchera. Et il est permis à l'héritier, comme à n'importe quel créancier poursuivant, mais à la différence d'un saisi, de se porter enchérisseur et de se voir adjuger l'immeuble successoral mis aux enchères[27]. Tout cela représente, au regard des règles

[26] Le cas que nous envisageons est à distinguer de celui de l'indivisaire qui se porte adjudicataire du bien successoral *indivis*. En ce cas l'indivisaire adjudicataire est certainement débiteur du prix. L'immeuble entre dans son actif personnel et sa dette est personnelle. Mais le sort de la créance de prix dépend de l'attribution de l'immeuble. Rappelons la différence de la créance de prix contre l'adjudicataire et de la créance de l'indivision contre l'attributaire (v. *supra* n°493 et 498). C'est seulement si l'immeuble est attribué à l'adjudicataire que la créance de prix entre dans son actif successoral, et que l'on se trouve dans le cas que nous envisageons au texte. Sinon l'adjudicataire sera créancier de l'attributaire, et ce sera ce dernier le créancier du prix.

[27] J. Maury et H. Vialleton, 1re éd., Paris : LGDJ, 1928, pp. 506-507 ; F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 2ème éd., Paris : Dalloz, 1997, p. 197 ; De Solages, Alger, 16 déc. 1889, *D.* 1890.2.106. Il en va de même pour le tiers détenteur qui délaisse l'immeuble hypothéqué (M. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 3ème éd., Paris : Librairies Techniques, 1993, n°995, p. 343) – il faut se garder de confondre l'héritier avec un tiers détenteur, car il peut être héritier de la dette garantie. L'interdiction qui touche le saisi est donc bien une mesure de police des enchères, qui vise à écarter les personnes notoirement insolvables (pour éviter l'adjudication, le saisi pouvait payer sa dette) ; il ne s'agit pas d'une impossibilité d'acquérir ce qui déjà est à soi (comme le pensait Merlin de Douai, 2ème éd., Paris : Garnery, 1810/1812 v° Bénéfice d'inventaire, 4ème éd., 1829, t.3, pp. 152-153). Et l'héritier bénéficiaire adjudicataire peut purger (P. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1988, n°190, p. 223, qui explique la chose par l'idée que « l'héritier se trouve dans la position d'un

normales de la dévolution successorale, des atteintes difficiles à expliquer autrement que par une fiction législative, un pur acte de souveraineté.

**736.** **COMPENSATION DE LA DETTE SUCCESSORALE ET DE LA CREANCE DE PRIX DE VENTE.** — Quoi qu'il en soit, l'immeuble adjugé passe de l'actif successoral à l'actif personnel de l'héritier. La dette de prix de vente de l'immeuble entre au passif personnel, tandis que la créance corrélative entre à l'actif successoral[28]. De la sorte, vu que l'héritier est censé créancier de la succession, sa dette de prix s'éteindrait par compensation avec la dette du défunt. Autrement dit, il semble que la dette successorale dont a hérité l'héritier se compense, au sein de la succession, avec la créance de prix. Le tout compte tenu, bien entendu, des autres dettes successorales et des autres créanciers personnels de l'héritier. L'opération est d'autant plus intéressante pour l'héritier lorsqu'il était créancier hypothécaire.

Il en va pareillement de ce cas et de ceux de l'héritier débiteur du défunt ou débiteur d'un débiteur du défunt.

acquéreur à titre particulier – un peu comme si le bien avait été aliéné du vivant de son auteur »). Mais il n'a pas à payer de nouveaux droits de mutation (J. Maury et H. Vialleton, *op. cit.* où il semble que la question de l'indivison y est mêlée ; F. Terré et Y. Lequette, *op. cit.*, p. 797).

[28] V. De Solages, Alger, 16 déc. 1889, *D.* 1890.2.106.

# Chapitre 2
# Le principe de division *ipso iure* des créances héréditaires

**737.** LES TEXTES. — La règle de la division des créances est inscrite à l'article 1220 du Code civil, parallèlement à celle qui vise les dettes, sous la forme, curieuse, au demeurant, d'une limitation du droit du successeur créancier[1] : "(les) héritiers (…) ne peuvent demander la dette (…) que pour les parts dont ils sont saisis (…) comme représentant le créancier (…)". Aujourd'hui nous citons le Code civil, mais le principe est, pour ainsi dire, de toute éternité. L'expression écrite en remonte à la Loi des Douze Tables (Vème s. av. JC), à laquelle fait référence une constitution de Gordien (IIIème s. ap. JC) qui nous est transmise au Code Justinien (VIème s. ap. JC)[2].

> Ea quae in nominibus sunt non recipiunt divisionem cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege XII Tabularum divisa sint.

[1] Comme s'il allait de soi que l'héritier puisse prétendre percevoir le paiement de toute la créance.
[2] C., 3, 36, 6 [8, 31 (32), 1].

Les créances sont désignées sous l'expression *ea quae in nominibus sunt*, en droit romain elles sont couramment désignées sous le terme *nomina*. La règle de la division des créances au prorata des parts est posée comme fondement d'une réponse à la question de savoir si les créances entrent ou non dans la masse partageable. Elles n'y entrent point (*non recipiunt divisionem*) puisqu'elles sont déjà divises (*in portiones hereditarias divisa sint*)[3].

**738.** **CONTROVERSE DOCTRINALE RELATIVE A LA CONSISTANCE DE LA MASSE PARTAGEABLE. —** Cette façon de poser la règle en terme d'exclusion de la masse partageable va directement à l'essentiel[4]. Ce point est le critère de la distinction des analyses classiques et germanistes. Le courant doctrinal classique et le courant germaniste s'écartent absolument l'un de l'autre dans leur lecture du principe de division des créances. Mais sur cette question comme sur les autres, le courant classique est lui-même animé de dissensions internes. Nous allons commencer par l'exposé des conceptions que nous croyons les plus justes, avant d'énoncer les critiques que nous pensons pouvoir adresser aux avis divergents.

[3] Un autre texte, au Digeste, fait écho à celui-ci : *nomina non veniunt in judicio familiae erciscundae* (*D.* 10.2.2.5). Cité par le procureur général Baudoin. L'action *familiae erciscundae*, c'est l'action en partage. Le cas est toujours d'actualité. Nous verrons des arrêts récents repousser l'action en partage au motif que les créances sont divisées de plein droit.

[4] Dans l'arrêt Lanouaille (Civ., 4 déc. 1866), la Cour énonce que pour jamais figurer au lot d'un héritier, et par conséquent faire l'objet de l'effet déclaratif du partage, encore faut-il que la chose soit encore dans la masse partageable, ce qui n'est pas le cas des créances, dont « chaque héritier est saisi dès l'instant de l'ouverture de la succession ». Et dans l'arrêt Paccard (Civ., 23 mars 1881, *D.* 1881.1.417, *S.* 1882.I.217) la même Cour persiste : « la fiction de l'art. 883 (…) ne saurait être étendue aux objets qui, au moment du partage, étaient déjà sortis de l'indivision (…), et spécialement aux obligations susceptibles de division, lesquelles, d'après le principe général consacré par l'art. 1220 C. civ., sont divisées de plein droit entre les communistes dans la proportion de la part que chacun d'eux est appelé à y prendre ». Le principe est très clairement compris en doctrine : H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999, n°1765, p. 889 ; M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°916-917, pp. 899-902 ; C. Beudant avec la collaboration de R. Le Balle, 2ème éd., Paris : Rousseau, 1936, t.5 bis, réprésentant de « l'école de Paris », défendait une application stricte de l'art. 1220.

## Section 1
## La division des créances en droit strict, leur exclusion de la masse indivise

Concernant la division des créances successorales, l'on discute, au sein de la doctrine classique, de la portée de la règle. Il n'est que de remonter à son fondement pour en saisir tout le sens et en déduire la portée exacte[5].

### § 1
### *Fondements de la division définitive des créances successorales*

Nous distinguerons les fondements rationnels des fondements textuels[6].

#### A) Fondements rationnels

La division des créances est doublement fondée. En droit strict et en équité.

##### 1) *Fondement de la division des créances en droit strict*

**739.** LA TRANSMISSION SUCCESSORALE, LES CREANCES ET LA PROPRIETE. — C'est au principe de transmission universelle qu'il convient de rapporter celui de division des créances du défunt. A ce principe se ramène toute la transmission successorale de l'actif en général. Mais, pour en dégager une vision globale, le terme adéquat d'une comparaison d'avec les créances doit être établi non point

[5] Cf. Cicéron, *De legibus*, livre II, XVIII-46, *in fine*, XIX-48, *in fine principii*, XX-51, *in principio* (*Traité des lois*, trad. G. De Plinval, Paris : Les Belles lettres, 1968, pp. 66-67, pp. 68 et 51).
[6] La distinction entre fondement rationnel et textuel est faite, dans l'affaire Chollet, par Lyon, 29 mars 1905.

entre *créance* et *bien*, ce qui constitue une confusion regrettable, mais entre *créance* et *propriété*. En effet, ce n'est pas l'objet approprié, mais le sujet propriétaire, qui fournit une analogie pertinente avec le sujet créancier.

**740.** LA DIVISION DE LA PROPRIETE DU *DE CUJUS*. — Nous avons vu que la propriété, transmise successoralement à une pluralité d'héritiers, se démultiplie d'autant. Elle se répartie entre les successeurs, de telle sorte que les biens originellement appropriés par la seule personne du défunt, se retrouvent soudain être communs à plusieurs personnes. Cette division de la propriété s'effectue au prorata de la vocation successorale de chacun, de telle sorte que chaque successeur a, sur chacun et sur l'ensemble des biens communs, un droit proportionnel à sa vocation. De la transmission successorale de la propriété à une pluralité d'héritiers découle donc la situation d'indivision, une situation anormale, et la nécessité d'opérer un partage.

**741.** PERSONNE ET CREANCE. — Les créances dont le défunt était l'unique titulaire sont également concernées par le pluralisme des successeurs. Mais d'après l'analyse classique les créances ne sont pas des biens. L'idée centrale de l'indivision dans sa version orthodoxe, par conséquent, c'est que les créances du défunt n'ont pas à connaître le sort des biens. Le lien obligatoire ne se conçoit pas autrement qu'entre deux personnes juridiques : un créancier et un débiteur. Les créances ne sont point des objets susceptibles d'appropriation, mais la personne même du créancier. Selon ce modèle il ne saurait être question de

copropriété des créances, la seule assiette possible de la propriété étant corporelle. N'étant pas objet de propriété elles ne sont pas en indivision comme l'actif mobilier et immobilier. Il ne serait pas orthodoxe d'introduire un hiatus entre la personne et la créance pour parler d'une démultiplication de la titularité d'un unique et indivisible droit de créance. Contrairement aux biens, les créances ne font pas l'objet d'une appropriation plurale.

**742.** NECESSITE DE TRANSMETTRE ET DIVISER LES CREANCES. — Les créances du défunt ne peuvent pas subsister sans sujet actif. Comme il n'y a pas de raison pour qu'un héritier soit créancier plutôt qu'un autre, tous les successeurs seront créanciers[7]. Mais les créances ne sauraient reposer sur tous les héritiers universellement pris. Elles échappent donc à la masse de l'indivision[8], parce que sinon ce serait supposer la personnalité morale de celle-ci. Les héritiers, comme

[7] Il faut cependant réserver la question des créances non-nominatives dont la titularité, pour ainsi parler, ne dépend que de la seule possession de l'*instrumentum* (celui-ci fût-il « dématérialisé »). Cela concerne également titres au porteur, billets à ordre et lettre de change. Peut-être y aurait-il lieu d'englober sous ce cas les deniers, les sommes d'argent, dans la mesure où l'on conçoit que, "représentée par un billet de banque, celle-ci n'est, juridiquement parlant, qu'une créance sur la banque émettrice" (S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960, note 39, al. 2, sous n°16, p. 23), v. *supra* note 15 sous n°518. Néanmoins, il est vrai que les deniers vont à celui qui les détient.

[8] M. Grimaldi, *op. cit.*, n°916 et 917, pp. 899-902, spèc. p. 900 : « le juste corollaire de la division des créances, c'est leur exclusion pure et simple de la masse indivise : un même bien ne peut être à la fois divis et indivis. Or, si les créances sont ainsi exclues de la masse partageable, il n'y a pas lieu de se demander si elles sont ou non soumises à l'effet déclaratif, car alors le partage ne les concerne pas. Ce que porte donc en lui l'article 1220, ce n'est pas une contradiction à l'article 883, mais une limitation indirecte de son domaine par amputation de la matière partageable. (...) Si, donnant le pas à l'article 1220, on décide que les créances n'appartiennent pas à la masse partageable, l' « attribution » qu'en décident les héritiers réalise, non pas un partage, mais une cession de droits privatifs, sur laquelle l'article 883 est sans prise. » *Id.* H., L. et J. Mazeaud, *Op. cit.*, 5ème éd., p. 889, n° 1765. Ici comme à propos du partage nous nous trouvons d'accord avec F. Zénati, quoi qu'il parte de l'idée que les créances sont des biens : « Les droits personnels (…) sont de pures entités juridiques, divisibles intellectuellement et dénuées d'assise matérielle, devraient donc échapper à la fois à l'indivision et à l'effet déclaratif du partage. » : *Les biens*, coll. droit fondamental, 1re éd., Paris : Puf, 1988, n°290, p. 297. L'on conçoit malheureusement qu'une créance soit divise et indivise ; elle serait commune au regard du tiers (pour chaque indivisaire, au contraire du cas des sociétés, où elle ne l'est que pour un) et partagée au plan de la contribution.

l’a dit avec raison la Cour de cassation en 1864, ne forment pas “un être moral, unique et indivisible” susceptible d’être le créancier. Nulle entité médiatrice ne peut servir de support, même provisoire, aux créances successorales, autre que les personnes des indivisaires. Les obligations ne peuvent reposer que sur leurs têtes.

**743.** **DIVISION *IPSO IURE* AU PRORATA DES PARTS. —** Chacun hérite de la position de créancier. Dans le contexte d’une pluralité d’héritiers, la succession aux créances signifie, avec la démultiplication du nombre des créanciers, démultiplication des créances. L’on concevrait certes une solidarité active, de telle sorte que le paiement du tout à l’un libérerait le débiteur, sous la contrepartie d’un recours des autres créanciers contre l’*accipiens*. C’est ce qui a lieu lorsque l’obligation est de nature indivisible. Mais lorsqu’elle est divisible, la créance du défunt se divise de plein droit, dès l’ouverture de la succession, entre les héritiers. L’on aurait encore pu imaginer une division des créances successorales par têtes (par parts viriles), mais l’obligation se divise entre les héritiers au prorata de leur vocation successorale. Celui qui a par exemple vocation à la moitié de la succession, sera créancier pour la moitié de telle créance du défunt[9].

**744.** **DIVISION ET PARTAGE. —** Cette division *ipso iure* n’est pas une anticipation sur le partage, elle ne s’analyse pas en un partage. L’attribution à chacun de sa part de créance ne donne lieu à aucune contrepartie. Et les créances n’ont plus à

[9] C.civ. art. 1220 ; loi des XII Tables v. *supra* n°737.

intervenir dans le partage, dont elles sont exclues. Elles n'ont pas à figurer dans la masse partageable et ne sont pas plus rapportables en nature qu'en valeur.

**745.** PRINCIPE GENERAL DE DIVISION DES OBLIGATIONS. — Les créances successorales sont donc soumises au même principe de division des obligations que les dettes du défunt. Un seul et même principe présente ainsi un aspect passif et un aspect actif. Afin de pouvoir en traiter plus clairement, il convenait de déployer au préalable le cadre complet des règles qui gouvernent le versant passif de l'indivision.

**746.** INDIVISION DES BIENS ET DIVISION DES CREANCES. — Et l'on comprend maintenant que nous ayons traité du régime juridique des immeubles et des meubles en réservant nos conclusions en ce qui concernait les créances du *de cujus*. Elles se divisent, comme la propriété. C'est bien le même phénomène qui frappe propriété et obligations du défunt. Tandis que, du fait de la pluralité des successeurs, les biens entrent en indivision, les créances se divisent de plein droit. De la sorte, régimes des biens et des créances s'expliquent par le même phénomène de représentation d'une personne par une pluralité de successeurs[10].

**747.** VALEUR DE LA DIVISION DES CREANCES. — Voilà explicité le fondement orthodoxe de l'aspect actif du principe de division des obligations. Sous ce point de vue la division des créances n'est pas une anomalie qui porterait atteinte aux

[10] Si l'on pouvait faire appel à l'image simpliste de la continuation de la personne du défunt, nous dirions que celle-ci ne peut survivre sans se fondre dans la personnalité civile des successeurs, or, pour ce faire elle doit forcément se dissocier. La personne civile du défunt ne peut conserver son unité en étant représentée par une pluralité de successeurs. Sinon c'est l'unité de la personnalité de chacun des héritiers qui serait en cause.

principes qui régissent l'indivision. Elle coule de source. En outre elle est équitable.

### 2) *Opportunité de la division* ipso iure *des créances successorales*

**748.** **DISCUSSION DE L'ARGUMENT D'EQUITE CONTRAIRE A LA DIVISION DES CREANCES. —** Dès l'ouverture de la succession les créances du *de cujus* se divisent de plein droit entre les héritiers à proportion de la part que détermine leur vocation successorale. Cette règle indiquée par l'analyse classique de l'indivision fait l'objet de critiques en équité. C'est bien au nom de l'équité que la pratique notariale intégre et distribue les créances autrement qu'elles l'ont été à l'ouverture de la succession. Plus personne ne conteste ou n'argumente correctement contre cette pratique. Et pourtant, ne pas conserver la répartition initiale qui s'est faite au prorata des parts, c'est briser un équilibre fort équitable.

**749.** **LE CAS D'UN INDIVISAIRE TENU A UN RAPPORT EN VALEUR. —** Nous ne nions pas qu'en cas de rapport en valeur la division d'une créance au prorata des parts augmente d'autant la part *nominale* prise, d'avance, si l'on veut, par l'héritier déjà bénéficiaire, par exemple, d'un avancement d'hoirie. Mais il faut dire, en guise de réplique, que la part de tous les autres héritiers a augmenté simultanément, et dans les mêmes proportions. La règle du rapport concerne un autre équilibre, que la division des créances n'atteint pas. Sauf à démontrer, ici

encore, la fraude concertée du *de cujus*, du tiers débiteur ou des héritiers, il ne saurait y avoir d'autre logique.

**750.** **ARGUMENTS FAVORABLES A LA DIVISION DES CREANCES. —** La division des créances au prorata des parts présente des avantages appréciables. D'abord, comme la division des dettes successorales impose à chacun une charge proportionnelle à sa part, il est équitable que cette charge soit compensée, dans les mêmes proportions, par la division corrélative des créances. Mais surtout, en répartissant *chaque créance* entre les coïndivisaires au prorata de leurs parts, on répartit également les risques et les chances : les chances d'être payé un jour, et les risques de ne l'être jamais. Cela garantit une égalité parfaite des successeurs devant le risque d'insolvabilité des débiteurs du *de cujus*. Car le risque de n'être pas payé ne saurait être plus équitablement réparti qu'au prorata de la vocation de chacun. Et ainsi les créances sont réparties dans les mêmes proportions que les biens qui, éventuellement, figureraient dans l'indivision. L'article 832 du Code civil que l'on oppose à la division de plein droit des créances ne demande pas autre chose[11].

**751.** **EGALITE DU PARTAGE, DROITS DES CREANCIERS ET DIVISION DES CREANCES SUCCESSORALES. —** En bref, l'égalité du partage et les droits des créanciers des copartageants ne seront jamais mieux garantis que par la division de plein droit

[11] La loi du 23 juin 2006 a supprimé cette disposition qui figurait à l'alinéa 2 de l'art. 832 (v. *infra* note 15 sous n°755).

des créances, et, comme souvent, il arrive ainsi que l'équité rejoint la rigueur du droit.

### B) Fondements textuels

**752.** ARGUMENTS D'AUTORITE OPPOSES A LA DIVISION DES CREANCES. — L'on a recours à des arguments de texte pour justifier de l'entrée des créances dans la composition des lots[12]. Les germanistes ont bien sûr leur propre lecture des textes, lecture plus aisée lorsque ce sont eux qui les ont dictés.

#### 1) *Article 1873-2 al. 2 du Code civil*

**753.** LES CREANCES SUCCESSORALES COMPRISES DANS LES BIENS INDIVIS. — L'on invoque l'article 1873-2 al. 2 du Code. Cette disposition comprend expressément les créances dans *les biens indivis*. Ce texte est clair, en effet : « Les coïndivisaires, s'il y consentent tous, peuvent convenir de demeurer dans l'indivision. A peine de nullité, la convention doit être établie par un écrit comportant la désignation des biens indivis et l'indication des quotes-parts appartenant à chaque indivisaire. *Si les biens indivis comprennent des créances,*

[12] Un mot sur la valeur de ce genre d'argument. Invoquer le Code c'est user de l'argument d'autorité, alors que ce sont les arguments de raison qui doivent être entendus. Dès lors, si l'on croit encore à la raison, lorsque celle-ci est écrite dans la loi, il faut en suivre le texte. Mais lorsque ce n'est pas le cas, comme lorsque ce sont des hérésies manifestes que l'on a couché sur le papier, le sujet doit peut-être obéir, mais le juriste doit certainement critiquer.
Dans le domaine voisin du régime de communauté, il conviendrait de citer les art. 1404, 1406 et 1424 C. civ., issus de la loi du 13 juill. 1965, à l'élaboration du texte de laquelle Carbonnier travailla, qui supposent bien que les créances soient commune. Mais la communauté, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas l'indivision. Sur la difficulté de soumettre indivision successorale et post-communautaire au même régime, v. l'arrêt Corney, Civ. 1re, 10 févr. 1981, J.C.P. 1982 éd. G. II.19786, note Ph. Rémy.

il y a lieu aux formalités de l'article 1690, s'ils comprennent des immeubles, aux formalités de la publicité foncière[13] ».

**754.** INNOCUITE DE CET ARGUMENT. — Mais comme la rédaction de cet article date de la réforme du 31 déc. 1976, cela ne fait que prouver, s'il le fallait encore, que celle-ci a été inspirée de bout en bout par l'idée que l'indivision était une personne. Ce n'est pas une découverte. Cette disposition, comme toutes celles que nous avons vues, n'a d'autre portée que d'ériger l'indivision en personne fictive.

**2) *Article 832 du Code civil***

**755.** ENONCE DE LA DISPOSITION INVOQUEE. — L'on invoque toujours, en outre, l'article 832 du Code civil[14]. Il existe deux versions de ce texte. A l'origine le texte énonce : « Dans la formation et la composition des lots, on doit éviter, autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations ; et *il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité* de meubles, d'immeubles, de droits ou *de créances, de même nature et valeur*[15]. »

[13] Nous soulignons.
[14] Dans l'arrêt Gaillard (Civ., 30 mai 1877) la Cour utilise cet argument de l'entrée des créances dans la composition des lots pour agréer la distinction de la division (provisoire) de l'art. 1220 et du partage (définitif).
[15] Nous soulignons. La version actuelle de l'article 832, al. 2, issue de la réforme de 1938, énonce : « Dans la mesure où le morcellement des héritages et la division des exploitations peuvent être évités, *chaque lot doit*, autant que possible, *être composé*, soit en totalité, soit en partie, *de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de valeurs équivalentes*. » (Nous soulignons.) La loi du 23 juin 2006 a supprimé l'art. 832 ; un nouvel article 830 (qui porte seulement : « Dans la formation et la composition des lots, on s'efforce d'éviter de diviser les unités économiques et autres ensembles de biens dont le fractionnement entraînerait la dépréciation. ») ne reprend pas la disposition qui nous intéresse.

**756.** **CONFORMITE DE LA DIVISION DES CREANCES AU VŒU DE CE TEXTE. —** Pour notre part nous ne voyons pas comment mieux appliquer cette disposition qu'en se contentant si l'on veut d'enregistrer, lors du partage, la division *ipso iure* des créances qui a eu lieu au prorata des parts à l'ouverture de la succession. Qu'est-ce qui pourrait, mieux que ne le fait l'article 1220, garantir que chaque successeur recevra la *même* quantité de créances, de *même* nature et valeur ? Nous avouons ne pas comprendre comment l'on peut invoquer ce texte précisément pour revenir sur la répartition proportionnelle de chaque créance, et pour les redistribuer autrement en les donnant par exemple toutes à l'un, pour le priver de sa part en nature. Il nous semble au contraire que lorsque l'art. 1220 c. civ. parle de diviser les créances, il comble à la lettre et selon l'esprit les vœux exprimés à l'art. 832. Avec l'article 1220, bien loin de le contredire, le Code a répondu au Code. Cet argument de texte devrait donc se retourner contre les opposants à la division des créances.

**757.** **INCLUSION DES CREANCES DANS LA MASSE PARTAGEABLE. —** En revanche, il est vrai que l'article 832, en parlant de composer les lots de créances, les suppose expressément inclues dans les lots et dans la masse partageable. C'est indéniable. Nous ne dirons pas, comme le Glossateur, que le législateur avait trop bu lorsqu'il a écrit cette disposition[16]. Après tout, la division *ipso iure* n'interdit pas

[16] Une glose de Placentin et d'Accurse (*ad l. Sancimus* 5, *in quib causis in integr. restitutio* [ij, 41]) dit que « Justinien avait trop bu, quand il prétend avoir fait le premier un changement à des règles de prescription », parce que selon eux d'autres l'avaient fait avant lui, mais Cujas, *not. ad tit.* 40, *lib.* 2 *cod.* (éd. Fabrot, X, 642), a montré que l'assertion de Justinien était exacte (références et citation J. Berriat Saint-Prix, *Précis du cours de législation*, Grenoble : Allier, 1803, pp. 294-295).

une figuration comptable des créances du *de cujus* dans les lots des héritiers. Selon la dogmatique cela ne devrait avoir d’autre portée que de servir à évaluer la masse successorale globale. C’est un usage qui peut servir au fisc, ou pour le calcul de l’émolument du notaire qui accomplit le partage. Toute la discussion porte donc sur la portée d’une telle inclusion comptable.

## § 2
## *Portée de la règle de division définitive des créances successorales*[17]

**758.** **CAS DE DISPARITION DE LA CREANCE AVANT LE PARTAGE. —** La pluralité de successeurs ne rend pas les choses plus complexes qu'en cas d'héritier unique. La créance se répartit entre les successeurs dans la proportion de leur vocation successorale. Par conséquent, en supposant que la totalité de la créance disparaisse, pour une raison ou pour une autre, entre les mains d'un seul indivisaire, il y a lieu, pour apprécier la validité de l'opération, de distinguer la portion de la créance successorale à lui échue de celle qui, attribuée à son ou ses coïndivisaires, lui échappe. De même, lorsque l'opération ne concernerait qu'une fraction de la créance successorale échue à un indivisaire précis, il suffirait de distinguer l'opération qui a lieu entre ses mains, lui héritier créancier, de celle qui a lieu entre celles d'un autre, non-créancier.

**759.** **PLAN. —** Nous procédons donc à cette distinction pour apprécier les effets induits du principe de division des créances successorales.

### A) Disparition de la créance entre les mains du créancier

Nous distinguerons l'*extinction* et la *cession* des créances successorales, toujours opérées par l'indivisaire pour une fraction qui correspond à sa part.

[17] Un grand nombre de questions s'offrent à l'observation. Il y a par exemple celle du taux de ressort qui détermine la compétence des juridictions, Vallière des Fillières, Civ., 18 oct. 1893, *D.* 1894.1.263, *S.* 1894.1.354. Il y a celle du calcul des intérêts des sommes dues, et celle de la prescription. Nous ne traiterons que de l'extinction et de la cession (ou du transport) de l'obligation.

### 1) *Extinction des créances successorales*

Nous distinguerons l'extinction qui a lieu en vertu du paiement proprement dit, de celle qui se produit par compensation ou confusion, modes d'extinction de l'obligation assimilés au paiement.

#### a) Le paiement proprement dit

**760.** VALIDITE DU PAIEMENT. — Chaque héritier peut parfaitement demander au débiteur du défunt le paiement de la part de créance dont il est saisi en vertu de la division[18]. C'est une règle que nul ne conteste. Cela vaut aussi pour le cas où le débiteur du défunt est un héritier[19]. Le paiement partiel effectué par le débiteur successoral entre les mains de l'héritier est donc valide. Le débiteur *solvens* en est libéré. Sa dette est éteinte pour la part perçue par le créancier. Le débiteur peut même demander à l'héritier de percevoir le paiement de sa part. Et l'héritier peut également valablement poursuivre le débiteur, dès lors qu'il le fait pour un montant qui n'outrepasse pas la part que lui affecte l'article 1220.

**761.** SORT DES SOMMES VERSEES EN PAIEMENT. — L'héritier a perçu le paiement de créances qui, quoique d'origine successorale, lui sont propres. Nous voulons dire que les sommes à lui versées tombent dans son patrimoine personnel, hors indivision, et qu'il peut en user à sa guise, par exemple pour régler ses propres dettes.

[18] Civ. 1re, 10 févr. 1981, *JCP* 1982 éd. G II 19786 note Ph. Rémy.
[19] La loi du 23 juin 2006 a prévu le rapport de la dette au moment du partage, seul le débiteur peut payer avant (art. 864 et 865 C. civ.).

**762.** **DROITS DES CREANCIERS DE L'HERITIER SUR LA CREANCE SUCCESSORALE (SAISIE-ATTRIBUTION). —** Rien n'interdit d'ailleurs aux créanciers de l'héritier (s'ils veulent s'assurer que les sommes perçues serviront à les payer) de saisir directement la somme due à leur débiteur entre les mains du débiteur successoral. Contrairement à ce qui peut se déduire d'une certaine jurisprudence, selon l'analyse classique l'exercice de la saisie-attribution (ex-saisie-arrêt) est parfaitement logique[20]. Dès lors, encore une fois, que ce n'est que partiellement, au prorata de la part de l'héritier débiteur, que le débiteur du défunt est tiers saisi par le créancier d'un héritier. L'admission de la saisie a même eu jadis pour conséquence que l'on a dénié au créancier personnel d'un indivisaire tout intérêt à exercer l'action oblique ("pas d'intérêt, pas d'action") pour réclamer le partage du chef de son débiteur, dès lors qu'il avait la possibilité d'obtenir satisfaction par la voie de la saisie attribution (ex-saisie-arrêt)[21].

**763.** **DISTINCTION DES CREANCIERS PERSONNELS ET SUCCESSORAUX. —** Cette voie s'ouvre tant aux créanciers d'origine *personnelle* qu'à ceux qui sont d'origine *successorale*. Quant *aux créanciers du défunt* qui entendraient protéger leur gage des créanciers personnels de l'héritier, il leur reste le recours de saisir eux aussi la dette entre les mains du débiteur de leur débiteur, ou bien, le cas échéant, d'intervenir et de participer à l'action déjà engagée, puis d'invoquer le privilège

[20] V. Req., 24 janv. 1837, *S.* 1837.1.107 (saisie-arrêt d'une créance commune par le créancier personnel de la veuve, alors que tous les droits de celle-ci dans l'actif étaient absorbés par les récompenses qu'elle devait à la communauté).
[21] Gaillard, Civ., 30 mai 1877. La solution nous semble exagérée. Mais v. l'arrêt Paccard, Civ., 23 mars 1881, *D.* 1881.1.417, *S.* 1882.I.217 (cassation d'un arrêt de la Cour de Chambéry, qui, peut-être, avait cru voir dans l'arrêt de 1877 un revirement de jurisprudence).

de la séparation des patrimoines sur le paiement des sommes. Mais quant au droit exorbitant accordé par la jurisprudence Frécon au créancier successoral de poursuivre un héritier pour la part de dette d'un autre dans les limites de la masse indivise, il ne devrait pas concerner les créances du défunt puisque celles-ci sont divises de plein droit.

**764.** **PARTICULARITES DU BENEFICE D'INVENTAIRE. —** Il faut seulement mentionner qu'en cas de succession sous bénéfice d'inventaire, la priorité du créancier successoral sur le créancier personnel est d'autant mieux garantie qu'il n'a d'autre gage que l'actif successoral. La perception des créances du défunt au détriment des créanciers successoraux entraînerait la déchéance du bénéfice d'inventaire. La procédure organise précisément cette perception, de même qu'elle régit la vente des meubles et des immeubles successoraux.

Ensuite du paiement *stricto sensu*, il faut parler des cas de simili paiement qui résultent de ce que l'héritier est débiteur du débiteur du défunt, c'est le cas de la compensation, ou même de ce qu'il est lui-même débiteur du *de cujus*, c'est celui de la confusion.

**b) Modes d'extinction des obligations assimilés au paiement**

**765.** **CAS DE COMPENSATION. —** La question de la compensation se pose dans le cas de figure d'un successeur qui hérite de la créance du *de cujus* contre un tiers

débiteur successoral dont il était déjà[22], ou dont il est devenu[23] lui même personnellement débiteur[24].

**766.** VALIDITE DE LA COMPENSATION. — Lorsqu'un indivisaire est débiteur d'un débiteur successoral, il se trouve, du fait de la transmission successorale, mais seulement dans la limite de la part de créance dont il hérite, à la fois débiteur et créancier de la même personne. Le tiers et l'héritier sont sans nul doute réciproquement créanciers et débiteurs l'un de l'autre. La personnalité juridique du *de cujus*, qui masquait l'héritier au tiers débiteur ou, *vice versa*, le tiers débiteur à l'héritier, s'est effacée. La masse indivise ou l'indivision n'érige pas plus d'écran entre le tiers débiteur successoral et l'héritier son débiteur. Concernant la portion de créance successorale attribuée à l'indivisaire débiteur du tiers, le *casus* de la compensation établit cela de manière très claire. La condition de réciprocité se trouve parfaitement remplie. L'extinction des deux dettes, celle du tiers envers le *de cujus* et celle de l'héritier à son égard, pourra bel et bien s'opérer, par compensation, à concurrence de la somme la plus faible des deux[25]. La compensation pourra avoir lieu conventionnellement[26], ou même

[22] C'est l'affaire Cartier c/ Fraigneau. Jugement du tribunal de Parthenay ; Poitiers, 14 août 1862 ; sur pourvoi de Cartier, Req., 23 fév. 1864, rej., *D.* 1864.1.477, *S.* 1864.1.398.

[23] C'est l'affaire Lanouaille, Limoges, 19 juin 1863, Civ., 4 déc. 1866, *D.* 1866.1.470, *S.* 1867.I.5.

[24] Ce cas est à distinguer nettement de celui du successeur à la dette du *de cujus* envers un tiers créancier qui se trouve être par ailleurs son débiteur personnel. Pour ce cas v. *supra* n°165 et n°538 à 575 pour la compensation en cas d'indivision.

[25] Le seul obstacle qui peut surgir est étranger au contexte d'indivision et ne concerne que les rapports mutuels des divers créanciers de l'indivisaire concerné. Les créances du *de cujus* échues au successeur sous bénéfice d'inventaire n'entreraient pas en compensation avec les dettes qu'il aurait d'ailleurs personnellement. L'on comprend qu'enfreindre cette interdiction serait violer, au détriment du créancier du défunt, la limite de l'actif successoral. Nous avons déjà parlé de cette délicate question (*supra* n°729 à 734).

de plein droit, au bénéfice de celui des deux qui, sur les poursuites de l'autre, souhaitera invoquer l'exception. Elle pourra aussi bien être soulevée par le tiers aux poursuites de l'héritier[27], que par l'héritier aux poursuites du tiers. Cette dernière précision nous permet de remarquer que si, comme on le décide parfois, la saisie-arrêt n'était pas valable (parce qu'elle n'aurait pas reçu l'assentiment unanime des coïndivisaires), il y aurait difficulté à admettre que l'exception de compensation opposée par l'indivisaire le soit.

**767.** LA CONFUSION. — C'est insensiblement, par une légère modification, que l'on passe du *casus* de la compensation à celui de la confusion. Il suffit de gommer la présence du tiers, et avec elle la relation d'obligation entre celui-ci et l'indivisaire en cause. Du coup c'est un indivisaire, au lieu d'un tiers, qui était débiteur du *de cujus*. La créance, en vertu du principe de division, se répartit activement entre tous les successeurs, au prorata de la vocation de chacun. Que le débiteur successoral soit héritier plutôt qu'étranger est un fait qui ne change rien. Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, en bonne orthodoxie la créance du défunt contre l'un d'eux se divise *ipso iure* dès l'ouverture de la succession. Dès lors il convient de distinguer la portion échue à l'héritier qui était débiteur, d'une part,

[26] Affaire Lanouaille (Limoges, 19 juin 1863, *S.* 1863.2.193 ; Civ., 4 déc. 1866, *D.* 1866.1.470, *S.* 1867.I.5). Le débiteur du défunt (Cramouzaud) était par ailleurs créancier d'un indivisaire (Bondet), avec lequel il avait convenu d'une compensation, et qui était de son côté tenu au rapport envers son coïndivisaire (Lanouaille), qui ne l'entendait pas ainsi.

[27] Affaire Cartier, Poitiers, 14 août 1862, Req., 23 fév. 1864, *S.* 64.1.398, *D.* 1864.1.477. Le débiteur du défunt (Fraigneau) était par ailleurs créancier personnel d'un successeur (Cartier) ; il répondait aux poursuites des indivisaires (Cartier et Alizart) en soulevant l'extinction par compensation de la fraction de sa dette dont était saisi son propre débiteur. La Cour de cassation fait dépendre la solution du point de savoir si « les héritiers constituent un être moral, unique et indivisible ». Et c'est bien à ce niveau qu'il faut placer la question.

et toute autre portion, échue à ses coïndivisaires, d'autre part. La créance, à hauteur de la part qu'y prend l'héritier débiteur, s'éteint par confusion. Lorsque ce débiteur du *de cujus* est seul et unique héritier, nul ne conteste que l'obligation s'éteigne ainsi[28]. Il n'y a pas de raison que cela soit différent en cas de pluralité d'héritiers. L'indivision ne s'interpose pas entre l'héritier comme débiteur et l'héritier comme créancier. La transmission universelle aura toujours la vertu de le rendre *pour sa part* créancier à la place du défunt contre lui-même, et d'éteindre, dans cette mesure, son obligation[29].

**2) *L'indivisaire cédant sa part de la créance du* de cujus**

**768.** VALIDITE DE LA CESSION. — Tant que le successeur créancier ne cède rien d'autre que la portion de créance dont il est titulaire, les formalités normales de

[28] En effet, à l'ouverture de la succession une seule et même personne, l'héritier, devient subitement créancière de l'obligation même dont elle était débitrice : chose impossible qui éteint l'obligation par confusion. Il faut certes réserver, là encore, le cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Mais nous en avons suffisamment parlé (*supra*, n°729 à 736). Restons-en au cas général de la succession pure et simple.

[29] Comp. art. 1209 C. civ : Lorsque l'un des débiteurs devient héritier unique du créancier, ou lorsque le créancier devient l'unique héritier de l'un des débiteurs, la confusion n'éteint la créance solidaire que pour la part et portion du débiteur ou du créancier. Rappr. *Dig.* 45.3.1 [*Julien*, 52 Dig.] (2, 4) : « Communis servus duorum servorum personam sustinet. Idcirco si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipulationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi : neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse mamenti, quia persona servi communis eius condicionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habetur, ac si solius esset, cui adquirendi facultatem habeat ». Trad. Y Thomas, document du 7 février 2001, « Les artifices de la personne en droit romain », extrait n° 1 (« La personne, abstraction distincte du sujet naturel » : « L'esclave commun tient le rôle de deux esclaves. *Si mon propre esclave a stipulé d'un esclave qui nous est commun à moi et à toi*, le même droit s'applique, dans cette unique formule verbale, que si deux stipulations avaient été séparément prononcées, l'une qui se serait adressée à la personne de mon esclave et l'autre à la personne du tient : et *il ne faut pas penser que je n'acquière que la moitié de cette créance* ; il ne peut être question de moitié : en effet, la personne de l'esclave commun se trouve dans cette condition où, s'agissant de ce que l'un des deux maîtres peut acquérir et l'autre pas, il apparaît comme appartenant à celui seulement des deux maîtres qui a la faculté d'acquérir ». Nous soulignons, car ici comme en tant d'occurrences, c'est l'opinion combattue qui est la plus intéressante.

l'opération étant par ailleurs accomplies, il n'y a rien de particulier à dire[30]. Aucune raison ne se présente qui empêcherait l'opération. En conséquence de l'idée fondamentale de division des créances du défunt et de leur exclusion du partage, la cession est valide sans condition. Il n'est pas régulier de suspendre la validité de la cession au résultat du partage, ou à l'accord unanime des coïndivisaires, de sorte que le débiteur cédé, *solvens* qui a cru s'être libéré en payant sa dette entre les mains du créancier cessionnaire, soit contraint de payer une seconde fois lorsque le créancier définitif change le jour du partage. En outre, le prix versé par le cessionnaire au cédant, de même que la créance de prix, sont acquis en propre au cessionnaire, qui n'a pas à les rapporter au partage, comme s'il rapportait la créance en valeur. Sur ce dernier point, précisons bien que si l'héritier venait à céder sa part de la créance du *de cujus* à un membre de l'indivision, plutôt qu'à un étranger, cela ne changerait rien. Le prix, contrepartie de la cession, obligation entre indivisaire cédant et indivisaire cessionnaire, n'aurait pas à donner lieu à rapport. Sinon ce serait offrir au cédant, créancier du prix, un privilège sur les autres créanciers du cessionnaire, relativement à la masse indivise.

**769.** **CESSIONS DE CREANCES CONTEMPORAINES DU PARTAGE. —** Pour l'analyse classique, que nous défendons, il est indifférent que la cession de créance ait lieu

[30] V. les arguments exposés, les auteurs et la jurisprudence cités dans les conclusions du procureur général Baudouin sous Ch. réun., 5 déc. 1907 (Chollet), *D.P.* 1908.1, p.119. La loi (Code civil, article 1690), chacun le sait, soumet l'opposabilité du transport de la créance au cédé à l'acceptation ou au moins à la signification à ce dernier. La signification est une procédure qui fait participer un huissier de justice. En matière commerciale, cependant, le formalisme est moindre.

à l'instant du partage plutôt qu'avant. Notons que le principe de division *ipso iure* des créances ne signifie pas qu'il soit précisément néfaste, le jour du partage, de donner à un indivisaire tout ou partie de ce que l'ouverture de la succession avait affecté à un autre. Au gré de la constitution et de l'attribution des lots il se peut, et en pratique c'est courant, qu'un indivisaire perde la part de créance qui lui était arrivée successoralement, et qu'un autre, réciproquement, gagne cette portion qui dépasse ce qu'indiquait la règle de la division des créances. La chose n'est pas interdite. Ce qui est inconcevable, c'est seulement de comprendre les créances successorales dans les lots. C'est la pomme de discorde et le critère distinctif entre classiques et germanistes. Ceux-ci agréent l'idée d'une masse partageable dans la composition de laquelle entreraient les créances. Tandis que, même si c'est pour des raisons différentes, aucune des deux tendances de la doctrine classique ne peut renoncer à l'idée que la division des créances du *de cujus* opère à l'ouverture de la succession de manière définitive et absolue. On ne peut renoncer à ce postulat sans verser dans le camp germaniste, qui a fait son deuil de cette idée.

**770.** **AUTONOMIE DES CESSIONS DE CREANCES ET DU PARTAGE. —** Dans un cadre classique, la redistribution des créances successorales lors du partage ne peut procéder que de leur cession entre copartageants. Or, libre aux copartageants de se céder les uns les autres leurs créances. Que cela se produise lors du partage ne présente pas de difficulté en soi. A la limite, nous sommes prêt à accorder que

ces opérations de cessions, parce qu'elles seraient rattachées à l'acte du partage, pourraient échapper, pour leur opposabilité, aux formalités de l'article 1690[31]. Le tout est que l'opération ne perde pas sa nature de cession autonome.

**771.** **CESSION DE CREANCE ET PARTAGE AVEC SOULTE. —** Il n'est que d'envisager l'hypothèse où, entre deux copartageants, et pour une succession qui comprendrait un bien et une créance d'égale valeur, l'un reçoit l'entièreté de la créance du défunt et l'autre l'ensemble en nature de la masse indivise. L'un est créancier à la place du défunt, l'autre propriétaire d'un bien successoral. L'on dirait qu'un héritier a échangé sa part de créance contre l'abandon par l'autre de sa part du bien en nature. Mais il serait contraire à tous les principes que la soulte s'éteigne par compensation avec le prix dû par le cessionnaire de la créance. Cette entrée de la soulte dans le compte de partage aurait le sens, précisément, d'une intégration de la cession au partage[32]. Il faut clairement distinguer le partage de la cession de créance. Cela signifie qu'un des deux indivisaires a laissé à l'autre toute sa part en nature. L'opération se traduit par la naissance d'une soulte au passif de l'attributaire du bien et à l'actif de l'autre. Si l'on estime qu'au sortir du partage la soulte s'est éteinte par la cession de créance,

[31] V. *supra* note 30 sous n°768. Toute une doctrine pensait jadis que la cession contenue au partage ne valait à l'égard des tiers que par la signification ou l'acceptation conformément à l'art. 1690 ; cités à la note *D.* 1864.1. 477 sous Req,. 23 fev. 1864 et à celle au *S.* 1863.2.193 cite de cet avis : A. Duranton, 4ème éd., Paris, 1844, nos 163, 429 et 519 ; A.-M. Ducaurroy, avec la collaboration de E. Bonnier et J.-B.-P. Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris : G. Thorel, 1848-1851, t.2, n°789 ; G. Dutruc, *Traité du partage de succession*, Paris : Cosse, 1885, n°547 ; F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, 7ème éd., Paris, 1866, t.2, pp. 202 et 203 ; A.-M. Demante, 2ème éd., Paris : éd. Plon, Nourrit et cie, 1883-1896, t.3, n°225 bis, VII.

[32] La prise en compte du prix, contrepartie de la créance cédée, revient au même que son rapport lorsque la cession a lieu antérieurement au partage.

cela signifie que le débiteur de la soulte l'a payée en cédant sa créance au créancier de la soulte.

**772.** PAIEMENT DE LA SOULTE PAR CESSION DE CREANCE. — Il s'est donc produit en vérité un partage avec soulte payée par cession de créance. Mais normalement toutes les précautions sont prises pour garantir le paiement de la soulte. Il y va de l'égalité du partage. Sans cela il faut revenir à l'égalité des lots en nature. Or, ici, les garanties qui sont de mise en cas de soulte ont été contournées. La justice de ce partage est donc toute entière suspendue en fait à la solvabilité du débiteur du *de cujus*. Si celui-ci ne peut honorer sa dette, la créance ne vaut rien. L'égalité entre les héritiers serait violée, et, avec elle, les droits des créanciers du cessionnaire de la créance. Seule l'analyse classique, en refusant d'habiller ces cessions du terme de partage, est à même de veiller à ce que les intérêts des uns ne soient sacrifiés sans raison légitime sur l'autel de ceux des autres.

L'héritier créancier à la place du défunt obéit aux règles du droit commun. Tel est donc le *leitmotiv* du morceau classique de la partition. Il s'est seulement agit, pour la clarté des critiques que nous adressons aux solutions germanistes, entérinées en droit positif, d'expliciter l'analyse qui convient dans le contexte de l'indivision. Et c'est toujours par souci de clarté que nous envisagons le sort de la créance entre les mains d'un non-créancier.

### B) Disparition de la créance entre les mains d’un non-créancier

Il convient de distinguer l’indivisaire non-créancier agissant de son chef, de celui qui agit du chef de son coïndivisaire créancier.

#### 1) *Le non-créancier agissant de son chef*

**773.** PAIEMENT INDU. — L’hypothèse ici envisagée est celle d’un paiement dont le montant *dépasserait* la part propre prise par l’*accipiens* dans la créance du *de cujus*, ou même du paiement d’une part de cette créance opéré directement entre les mains d’un indivisaire qui ne serait plus créancier (par exemple parce que sa part se serait préalablement éteinte par compensation). En bonne logique, le contexte d’indivision ne devrait rien ajouter à la position respective des deux héritiers. Le créancier impayé et l’*accipiens* non créancier sont exactement dans le cas de deux étrangers l’un à l’égard de l’autre. Paiement effectué volontairement, sur demande de l’héritier ou à l’initiative d’un tiers, saisie-attribution exercée à tort par le créancier d’un héritier, quoi qu’il en soit en principe le paiement obtenu par le non créancier est indu. Le véritable créancier n’a donc pas à exercer son recours contre l’héritier *accipiens*. C’est au débiteur du défunt qu’il peut demander le paiement de sa part. Et c’est ensuite au même débiteur, qui a payé deux fois, d’exercer une action en répétition de l’indu contre le premier *accipiens*.

**774.** **NON COMPENSATION POUR ABSENCE DE RECIPROCITE DES OBLIGATIONS. —** Quant à l'extinction de la créance successorale par compensation, lorsqu'un héritier est débiteur du débiteur du défunt, il n'y a pas de raison de l'admettre pour la ou les portions qui échappent à l'indivisaire débiteur du tiers. Il faut d'abord remarquer que nous sommes dans un cas où la condition de réciprocité n'est absolument pas remplie. En effet, ce n'est pas le même héritier qui est créancier et débiteur du débiteur successoral. Au contraire, un héritier donné est débiteur de ce tiers, et un autre est son créancier pour la part à lui échue de la créance du *de cujus*. Dans une telle hypothèse, l'extinction des obligations signifierait que la créance d'un indivisaire se compenserait avec la dette d'un autre. L'un bénéficierait alors de l'extinction de sa dette, il serait *accipiens*; tandis que l'autre, le véritable créancier, pâtirait de l'extinction de sa créance, à charge d'un recours contre son coïndivisaire, fondé sur le transfert de valeur d'un patrimoine à l'autre. Ce serait injuste.

**775.** **ABSENCE DE CONFUSION. —** Enfin, relativement au cas de confusion, lorsque l'un des héritiers est débiteur du défunt, chaque successeur hérite de la position de créancier au prorata de sa part successorale. L'héritier qui a bénéficié de la confusion continue donc d'être débiteur, au lieu du *de cujus*, de son ou de ses coïndivisaires. S'ils sont plusieurs, sa dette se divise entre eux *ipso iure*, au prorata de la vocation de chacun, dès l'ouverture de la succession. C'est ainsi que la succession aux créances du défunt est source d'obligations entre

indivisaires. Mais il faut bien noter que celles-ci sont étrangères à l'indivision. L'héritier débiteur du *de cujus* est à l'égard de ses coïndivisaires créanciers dans une position identique de celle de tout étranger. Son cas relève du droit commun.

**776.** **NULLITE DE LA CESSION DE CREANCE. —** Concernant la cession de créance, seule la cession hors partage est envisageable, et elle répond aux même principes. La cession de la créance du *de cujus* par l'indivisaire non-créancier est nulle.

### 2) *Le non-créancier agissant en représentation de son coïndivisaire créancier*

**777.** **VALIDITE DU PAIEMENT. —** Les règles que nous venons de voir peuvent recevoir exception. Il faut réserver le cas de l'indivisaire non-créancier qui aurait le pouvoir d'agir au nom et pour le compte du créancier. L'*accipiens* encaisse en ce cas le paiement de la part de créance successorale échue à un autre[33]. Le débiteur en est libéré. Et le réel créancier aura une action de mandat ou de gestion d'affaire contre son représentant. La précision n'appelle, là encore, aucune explication particulière, si ce n'est que le mécanisme, toujours en bonne logique, doit rester parfaitement extérieur à l'indivision. En amont et en aval.

**778.** **INDIVISION ET CAUSE DE LA REPRESENTATION. —** En amont, si l'on peut supposer que le véritable créancier est bien mandataire, ou justement gérant d'affaire de l'autre, il ne faudrait pas que par le biais de théories comme le

[33] Dans ce contexte, la compensation peut avoir lieu, à l'encontre du principe de réciprocité. Cela ne va pas sans discussions, ainsi que nous l'avons vu.

mandat apparent ou le mandat tacite, qui joueraient du seul fait que représenté et représentant sont membres de la même indivision, s'ouvrent des brêches dans les règles classiques. Mais la cession de créance suppose tout de même un mandat spécial ou l'autorisation expresse du créancier. Le seul élargissement de la théorie de la représentation, acceptable, peut-être, en équité, pour la protection du tiers débiteur, ne saurait permettre à lui seul la cession de créance.

**779.** **PARTAGE ET RECOURS DU CREANCIER. —** En aval, le recours du véritable créancier ne doit pas interférer dans le partage. La cause de la dette de l'*accipiens* envers le créancier est étrangère à l'indivision. Elle peut faire l'objet d'un compte entre les deux intéressés, mais ce compte est parfaitement autonome au regard du compte d'indivision. La dette n'est normalement pas susceptible d'un rapport au partage de la masse indivise. Une entrée en compte irait d'abord à l'encontre des intérêts du créancier et de ses propres créanciers, puisqu'elle gèlerait l'obligation jusqu'au partage. Ensuite, lors de l'opération du partage, la même entrée en compte irait cette fois-ci à l'encontre des intérêts des créanciers de l'*accipiens*. Parce que la somme due par l'*accipiens* au titre de l'action récursoire, risquerait de venir éteindre, par compensation, d'éventuelles créances de rapport qu'il aurait par ailleurs à exercer à juste titre, diminuant par là sa vocation sur la masse indivise ; l'entrée en compte pourrait même fonder, au profit du créancier qui exerce son recours, un prélèvement sur l'actif indivis.

Autant d'effets pervers qui expliquent une bonne partie du contentieux jurisprudentiel[34].

**780.** **FONGIBILITE DE LA SOMME PERÇUE PAR L'*ACCIPIENS*. —** Il convient enfin de rappeller quelles règles gouvernent la représentation. L'on tend à les oublier, précisément sous l'influence des théories qui personnifient la masse. Précisons donc qu'en bonne dogmatique le véritable créancier n'a absolument aucun droit de suite sur les sommes perçues par l'*accipiens*. Ce serait une erreur manifeste. L'argent est fongible ; par conséquent, dès que la somme est encaissée par le mandataire, celle-ci ne garde pas trace de sa provenance et n'en laisse aucune qui autoriserait d'en suivre le cheminement. Le conflit de l'indivisaire vrai créancier qui exerce son recours et des autres créanciers de l'*accipiens* obéit à la loi du concours. Impossible, de surcroît, de parler de remploi des sommes et de prétendre que tel bien est subrogé à l'argent qui a servi à l'acquérir[35]. Ce serait une erreur de prétendre que la somme a servi à payer les dettes personnelles de l'administrateur[36]. Si risque il y a, il n'est que de mettre fin à la représentation ou de confier les sommes à un séquestre[37].

[34] C'est le cas classique de l'indivisaire administrateur qui conteste le rapport de sa dette résultant de ce qu'il a encaissé des créances. La cour de cassation, Civ., 28 janv. 1929, *D.H.* 1929. 179, pour rejeter le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Pau qui avait repoussé cette prétention en arguant de ce que les sommes touchées l'avaient été au titre de l'administration de l'indivision, se fonda sur le motif que l'indivisaire était débiteur de l'indivision de sommes provenant de créances encaissées par lui pour le compte de l'administration de l'indivision. Ces termes supposent la personnalité juridique de l'indivision. Voir aussi Civ., 17 nov. 1936, Thomassin, *Gaz. Pal.* 1937.1.48, cassation de Nancy, 22 janv. 1930.

[35] Ces règles absolument fondamentales expliquent le but de l'institution de la période suspecte, en matière commerciale.

[36] Affaire Thomassin, Civ., 17 nov. 1936, *Gaz. Pal.* 1937. 1. 48 : les créances dont on reprochait à l'administrateur d'avoir dilapidé le paiement perçu, étaient, selon nous, divises. Il s'agissait donc en partie de créances propres à l'administrateur, et pour une autre part de créances propres

à son coïndivisaire. C'est bien sûr pour cette seconde part que la perception du paiement avait eût lieu par un autre que le créancier. On aurait peut-être dû considérer ce paiement comme indu.

[37] On comprend qu'en général il soit exigé des administrateurs constitués comptables qu'il fournissent, comme on dit, « caution bonne et solvable ». Ce procédé d'endettement de l'administrateur, comptable des deniers qu'il conserve, des créances dont il perçoit le paiement ou des meubles qu'il détient, est de la première importance pour la notion de personne, parce que c'est le critère qui distingue deux régimes de représentation. En effet, le mécanisme de la reddition de compte est un excellent critère pour distinguer le représentant sur le mode organique, de l'autre, sur le mode du mandat. Cette dernière distinction est essentielle pour nous, dans la mesure où la représentation est justement au centre de la notion de personne.

Les exemples typiques du représentant organique proviennent du droit romain antique. Il s'agit du fils de famille et de l'esclave. Leurs fautes, lorsqu'elles causent à autrui un dommage, occasionnent l'engagement du père et du maître, de même que leurs gains ne profitent qu'à lui. Juridiquement, ils ne peuvent même pas tenir de l'argent pour eux-mêmes. A l'extrême, l'esclave en fuite continue encore d'usucaper pour son maître. Certes ils peuvent être placés à la tête d'un pécule, ce qui circonscrit une masse de biens à l'intérieur du patrimoine du père et maître, et ce qui donne lieu à une comptabilité. Mais ils ne sauraient pour autant en être débiteurs ou créanciers de leur père et maître, pas plus qu'ils ne sauraient entrer directement (sans en passer par le biais du père et maître) en rapport obligatoire avec les tiers. Car eux n'ont pas la personnalité juridique. Il serait même permis de parler, à l'égard de ces représentants organiques, plutôt que d'une représentation, d'une présence du maître lui-même, tant ils semblent faire corps avec lui dans la position où il est lui même. Et sur ce dernier point, ne nous méprenons pas. Malgré cette espèce d'identité du fils et de l'esclave au maître et au père, une certaine distance entre eux se maintient. Distance plus réduite entre le père et le fils qu'entre le maître et l'esclave, mais non point complètement effacée. En revanche, et avec cela nous nous ferons bien comprendre, il est permis de considérer que le père et maître est en quelque sorte lui-même le représentant organique de sa propre personne juridique. L'idée qui, quoiqu'au premier abord saugrenue, n'en est pas moins assez juste, vaut surtout à titre de figure heuristique qui aide à bien comprendre ce qu'est un représentant organique. A l'époque médiévale le type en est le religieux. Ce dernier est mort civil. Autrement dit, on lui applique le régime valable pour le condamné à mort, l'absent et celui qui est tombé aux mains de l'ennemi. Vivant, mais sans personnalité juridique, comme un esclave. Dès lors, lorsqu'il détient des biens de son monastère, comment pourrait-il être constitué comptable de ce qu'il touche ? Il ne peut rendre compte puisqu'il n'a pas de personnalité juridique propre. Son seul rapport à une personne juridique, c'est celui qui le lie à son monastère. N'ayant aucun patrimoine personnel, il lui est juridiquement impossible de s'approprier quoi que ce soit. Fils de famille, esclave ou religieux, voilà autant d'exemples de personnes naturelles privées de toute personnalité juridique propre mais constituées représentants organiques de la personne juridique d'autrui.

L'exemple qui illustre le représentant sur le mode non organique, c'est le tuteur. Pour lui il en va tout autrement que pour l'autre. Il a la personnalité juridique, de telle sorte qu'il représente toujours deux personnes : la sienne et celle de son pupille. Lorsqu'il encaisse de l'argent, même si c'est pour son pupille, il en est comptable à l'égard de ce dernier. Il en va de même de tous les comptables : mandataires, exécuteurs testamentaire, héritier bénéficiaire ou curateur à succession vacante. Nous avions même noté, au sujet de ce dernier, quels efforts étaient dépensé pour éloigner en quelque sorte tout argent successoral de ces mains. L'argent du mort était remis à un séquestre. On comprend de même que le premier acte de la représentation en ce sens consiste à liquider le patrimoine, à vendre les meubles, percevoir les créances, payer les dettes et confier le reliquat à un séquestre. Par contre, les dettes, les créances et les immeubles ne posent aucune difficulté car on peut les rattacher directement à la personne représentée. Les meubles et l'argent, à la différence des immeubles, entrent dans le patrimoine du représentant, en contrepartie de quoi il en devra restitution. C'est pour garantir le paiement de cette dette que l'on exige du tuteur qu'il fournisse caution bonne et solvable. Quant aux créances du pupille, pourquoi devraient-elles, comment même pourraient-elles passer sur la tête de la personne du tuteur ? Ce ne sont pas des biens, mais des engagements de la personne, et à ce titre leur traitement n'a rien à voir avec celui des meubles.

Telle est l'opposition des deux modes de représentation. A la représentation sur le mode organique semblerait correspondre des cas où le représentant n'a pas la personnalité juridique, tandis que lorsqu'il l'a on sort de ce cadre pour entrer dans l'autre. Historiquement, la remarque est juste. Et du point de vue de la rationalité juridique, elle se tient. Mais en réalité il en va

**781.** **CONCLUSION DU PARAGRAPHE. LA GESTION DES CREANCES. —** Finalement, ce n'est pas l'un des moindres mérites que l'on doit reconnaître à la division *ipso iure* des obligations successorales que d'assurer une gestion claire des créances. La division garantit au débiteur que son paiement avant partage sera valide, et permet aussi aux créanciers de veiller à ce que leur droit ne s'éteigne pas par prescription, faute de défenseur précis, du fait de l'inaction de tous.

## Section 2
## Exceptions à la division des créances successorales et théorie du rapport

**782.** **CONTROVERSES SUR LA THEORIE DU RAPPORT EN VALEUR. —** Les règles que nous venons de voir reçoivent exception en droit positif. Et l'on discute, au sein de la doctrine classique, du caractère légitime ou non de ces exceptions. Tout le conflit doctrinal au sujet de la théorie du rapport se trouve condensé dans cette dispute. Il s'agit essentiellement de deux cas, simples d'apparence, mais en réalité extrêmement délicats : celui du régime de la cession de la créance successorale lors du partage, et celui du sort, toujours lors du partage, de la créance successorale dirigée contre un débiteur indivisaire.

### § 1

autrement à l'époque actuelle, puisque l'on a étendu le modèle de la représentation organique à des cas où le représentant est déjà doté, en outre de celle qu'il représente, de la personnalité juridique. C'est ainsi, semble-t-il, que le salarié et le gérant de société sont considérés. Nous y reviendrons.

### ***Le caractère déclaratif des cessions de créance lors du partage***[38]

**783.** **DELIMITATION DE LA QUESTION. —** Il faut supposer que l'opération du partage puisse remettre en cause la division des créances qui a eu lieu à l'ouverture de la succession. Il n'y a rien à dire lorsque le partage ne fait que confirmer l'attribution ayant eu lieu en vertu de la division initiale. C'est lorsque la créance échoit à un autre que celui qui en était saisi depuis l'ouverture de la succession, qu'il faut encore supposer qu'à l'instant du partage peuvent se produire des cessions de créances qui soient forcées, c'est-à-dire qui, comme les alloissements, ont lieu même contre la volonté du copartageant créancier. En outre et surtout, ces cessions auraient une portée déclarative. Car le copartageant cessionnaire serait censé tenir sa créance non du cédant, auquel la division l'avait d'abord affectée, mais directement du défunt. Autrement dit, en vertu d'un effet rétroactif de la cession de créance intégrée au partage, le cessionnaire serait tenu pour créancier à la place du défunt dès l'ouverture de la succession. Ensuite de l'exposé des conceptions et des solutions qu'agréent ainsi une partie de la doctrine classique, nous tenterons de leur donner une explication.

#### A) Exposé des solutions

**784.** **HYPOTHESE DISCUTEE. SORT DES EXTINCTIONS ET DES CESSIONS OPEREES AVANT LE PARTAGE. —** Le cessionnaire de la créance est censé créancier dès l'origine, et

[38] Cf. l'arrêt Paccard (Civ., 23 mars 1881, *D.* 1881.1.417, *S.* 1882.I.217), précité note 4 sous n°738.

inversement, le cédant est censé n'avoir jamais été créancier. Lorsque la créance subsiste le jour du partage, impayée et intacte, tout le monde sera d'accord[39]. Les dissensions en doctrine se font jour dans le cas où la créance ne se retrouve pas en nature.

**785. DROIT STRICT : PRINCIPE DE L'EFFET TRANSLATIF DES CESSIONS DE CREANCE LORS DU PARTAGE. —** En droit strict, si l'on peut, jusqu'à un certain point, suivre l'idée de rétrocessions qui auraient lieu à l'instant du partage, celles-ci seraient évidemment translatives. La créance serait acquise de l'indivisaire cédant[40]. Dans une telle perspective, l'extinction de la créance ne saurait être remise en cause, quelle qu'en soit l'hypothèse. Les rétrocessions ne pourraient pas concerner les créances qui s'avèrent avoir été cédées à un étranger par le copartageant, ou qui sont éteintes à la date du partage. Seules les créances encore subsistantes à l'actif des copartageants devraient être cessibles.

**786. DROIT POSITIF : EXCEPTION DE L'EFFET DECLARATIF DES CESSIONS DE CREANCE LORS DU PARTAGE. —** Or, d'après cette branche de la conception classique, la créance est pleinement divisée par l'article 1220. Chaque indivisaire auquel l'article 1220 attribue telle portion de créance a bien tout pouvoir sur celle-ci.

[39] C'est dans ce contexte qu'il faut situer cette jurisprudence qui admettait l'effet déclaratif d'une cession de créance lors du partage à condition toutefois que celle-ci n'eût pas été perçue, cédée ou saisie avant le partage. C'était l'idée que l'on ne rapporte en nature que ce que l'on a, et que le partage ne peut viser que des biens encore présent le jour où il a lieu. Aux copartageants de s'arranger, pour éviter le rapport en valeur et les recours entre copartageants pour attribuer définitivement la fraction de créance à son premier affectataire, dès lors que celui-ci en a déjà disposé.

[40] Conséquence : « Si la cession est translative les exceptions que le débiteur aurait pu opposer aux cohéritiers cédants seraient également opposables aux cohéritiers cessionnaires » (note sous Limoges, 19 juin 1863, *S.* 1863.2.193).

Mais la validité définitive et l'opposabilité des actes qu'il effectue ou des opérations qui ont lieu de son chef sont subordonnées au résultat aléatoire du partage. Un acte ne sera pleinement confirmé comme ayant été effectué par lui et en son nom qu'autant que la portion de créance dont il dispose lui sera maintenue. Le pouvoir du titulaire, théoriquement absolu, est donc pratiquement limité. Et réciproquement, lorsqu'un indivisaire agirait relativement à une fraction de créance échue à un autre que lui, si durant l'indivision ce n'est pas lui le créancier, il peut obérer l'avenir et prévoir d'être finalement titulaire de la créance. Car après le partage l'on ne pourra opposer au cessionnaire de la créance d'autres actes qu'effectués de son chef.

**787.** RESERVE A L'EXCEPTION : LE MANDAT GENERAL DES INDIVISAIRES. — Cette branche de la doctrine classique suppose le recours, pour assurer la gestion provisoire des créances, à la théorie de la représentation personnelle. Il suffira de considérer que chaque indivisaire est, relativement à la fraction de créance dont il est l'attributaire précaire, le mandataire de ses coïndivisaires. Naturellement, un tel mandat, que l'on pourra supposer inclus implicitement dans l'article 1220, ne saurait être qu'un mandat général. Or, comme on le sait, le mandat général ne vaut que pour les actes de conservation et d'administration, ce qui correspond ainsi très bien avec l'idée d'une jouissance et d'un exercice de la part de créance d'autrui (le cessionnaire le jour du partage). Par exemple, l'indivisaire qui laisse sa part de créance s'éteindre par prescription doit en rendre compte au

cessionnaire. Et l'héritier qui poursuit le débiteur du défunt pour la fraction que lui alloue la division des créances agit autant comme créancier que comme mandataire de ses coïndivisaires. C'est la voie qu'Aubry et Rau ont emprunté dans ce *dictum* : « Ce n'est pas seulement comme mandataires respectifs les uns des autres, mais en qualité de propriétaires, que les héritiers sont, chacun en droit soi (*sic*), autorisés à réclamer le paiement de leurs parts héréditaires dans les créances qui font partie de l'hérédité[41]. »

**788.** **ACTES DISCUTES OU EXCLUS DE LA REPRESENTATION. —** En revanche, les actes de disposition supposent un mandat spécial, un pouvoir exprès ou une autorisation de tous les indivisaires[42]. C'est ainsi, par exemple, que l'héritier ne peut céder sa fraction de créance, ou que, dans le même ordre d'idée, il ne pourrait procéder à une remise de dette. Mais l'on comprend que selon cette conception des choses il soit particulièrement délicat de trancher le cas de la saisie-exécution exercée par le créancier personnel de l'indivisaire, ou celui, de nouveau, de l'exception de compensation.

**789.** **L'UNANIMITE DES INDIVISAIRES POUR LES ACTES AFFECTANTS LES CREANCES SUCCESSORALES. —** L'attributaire provisoire de la part de créance qui outrepasserait son pouvoir soumettrait la validité de son acte au risque d'une attribution définitive de la créance à un autre que lui-même. Au contraire, tant

[41] 4ème éd., t.6, n° 635, note 4, p. 660. Il s'agit vraisemblablement d'une réponse faite à quelque contradicteur.
[42] Cf. J. Hauser, « Où l'assisté devient mandataire de son assistant ! » *Rtd civ* 2003, chron. n°7, p. 269, sur la distinction de l'autorisation et de l'assistance.

que l'indivisaire n'outrepasse pas ses pouvoirs il n'y a pas de risque pour que la validité de son acte soit affecté par le changement rétroactif de l'identité du créancier. C'est pourquoi l'on retrouve ici l'idée que pour garantir absolument la validité de tels actes il convient d'obtenir l'accord unanime des indivisaires. De la sorte le risque d'une remise en cause rétroactive de l'acte est écarté. Quel que soit, au sortir du partage, le créancier, ce sera un créancier consentant.

**790. RAPPORT EN NATURE OU RAPPORT EN VALEUR DE LA CREANCE SUCCESSORALE. —** C'est le lieu de parler de l'extension aux créances de la théorie du rapport, et de la distinction du rapport en nature et du rapport en valeur. Le sens du rapport en nature de la créance est d'invalider les actes et les opérations ayant eu lieu durant la période d'indivision du chef de l'indivisaire cédant, auquel l'article 1220 avait provisoirement confié telle portion de la créance. Accomplis du chef du non créancier ils sont inopposables au cessionnaire. Quant au sens du rapport en valeur, il est de valider, précisément, les opérations ayant eu lieu entre les mains du cessionnaire de la créance du *de cujus*[43]. Car dans cette perspective le rapport en valeur n'empêche pas celui auquel la créance du défunt est attribuée lors du partage d'en être rétroactivement considéré comme le seul et unique créancier[44].

**791. RAPPORT EN VALEUR ET RECOURS DE L'INDIVISAIRE CESSIONNAIRE DE LA CREANCE. —** Le recours du créancier cessionnaire contre l'*accipiens* trouve son fondement

[43] V. affaire Cartier, Poitiers, 14 août 1862, Req., 23 fév. 1864, *S.* 64.1.398, *D.* 1864.1.477.
[44] Rappelons que dans la conception germaniste le rapport de la créance signifie que l'héritier doit soit rapporter en nature à la masse la créance même, soit, lorsque le rapport s'effectue en valeur, la somme représentative de la créance éteinte ou aliénée. La différence, pour l'héritier qui serait alloti de cette valeur, c'est que dans un cas il est créancier du tiers, et dans l'autre de son copartageant.

dans le procédé de la représentation. Il est alors question, pour le créancier cédant, devenu rétroactivement non créancier, de rendre compte à son copartageant des opérations qui ont eu lieu, en particulier du paiement, dont il a perçu la somme. Autrement dit, le cessionnaire est en position d'exercer l'*action récursoire* de mandat contre l'*accipiens*[45].

## B) Explication des solutions

**792.** CONFUSION DES PARTS DE CREANCES SUCCESSORALES ET DES QUOTES-PARTS DE BIENS INDIVIS. — S'il nous était permis d'émettre une hypothèse explicative encore provisoire, nous dirions, en résumé, que l'état actuel du droit positif et des doctrines classiques qui le justifient peuvent se comprendre logiquement, sinon historiquement, comme la conséquence d'un fâcheux chassé-croisé entre les régimes juridiques respectifs des créances et des biens. Les biens ont pu être assimilés aux créances par l'intermédiaire de la notion de quote-part. L'on peut aisément confondre, en effet, les notions de quote-part de bien indivis et celle de part de créance successorale. D'où, dans un second temps, d'importantes conséquences relatives à ce que l'on considère comme étant le régime naturel de l'une et l'autre notion.

[45] L'aporie étant que, pour l'*accipiens*, le rapport en valeur de la créance (ce qui le suppose définitivement créancier) et la dette de mandataire (ce qui le suppose non créancier) se confondent.

### 1) *Identification des notions de quote-part de bien indivis et de part de créance successorale*

**793.** **DIVISION DES CREANCES SUCCESSORALES ET PARTAGE DES BIENS INDIVIS. —** Nous avons maintes fois noté l'étroit rapport des notions de bien et de créance[46]. L'on a pu considérer la créance comme figurant un bien du *de cujus*, aliéné par lui, comme représentant un paiement à venir ou même comme un « bien incorporel ». La source de la confusion importe peu ici. La notion de quote-part de bien indivis est suffisamment délicate pour que la créance lui soit assimilée. Notre hypothèse repose sur le constat suivant. Si l'on transpose aux biens indivis l'analyse valable pour les créances successorales, cela donne une idée très claire de la théorie du partage cession de quote-part, qui a occulté celle, qui a notre préférence, du partage expropriation.

**794.** **LES CREANCES SUCCESSORALES ET LA THEORIE DU PARTAGE-CESSION DE QUOTES-PARTS. —** Il suffit de considérer le cas d'une créance successorale qui, pendant l'indivision, est divisée au prorata des parts, et qui, le jour du partage, serait attribuée en totalité à un indivisaire. Cela aurait bien lieu, à condition que chacun de ses coïndivisaires lui cède la part qu'il avait de la créance. De cette manière, en réunissant à sa propre quote-part celles que lui transmettent les autres, l'indivisaire devient bien créancier pour le tout.

[46] A des endroits trop nombreux et sous des points de vus trop différents pour être tous mentionnés ici. Signalons simplement notre introduction (spéc. n°20, 22, 23) et notre deuxième chapitre, sur les fondements du passif successoral (spécialement, dans la première section, les n°67 à 69, puis toute la seconde section).

**795.** **LA THEORIE DU PARTAGE-CESSION, EXTENSION AUX IMMEUBLES DE LA DIVISION DES CREANCES.** — Toute une théorie générale du partage des biens tient comme enfermée dans ce cas de figure. Il suffit, pour le comprendre, de remplacer l'obligation par un bien immobilier. Les quotes-parts d'un unique bien indivis se divisent *ipso iure* dès l'ouverture de la succession, tout comme se divisent la créance successorale dirigée contre l'unique débiteur. Et n'enseigne-t-on pas que les romains ne distinguaient pas le partage de la vente ou de l'échange mais le concevaient comme un complexe de cessions de quote-parts ? N'est-ce pas en réunissant les quotes-parts que lui cèdent ses coïndivisaires que l'attributaire du bien en devient seul et unique propriétaire ? Est-il alors meilleure illustration de la théorie du partage cession de part que dans ce schéma conçu pour la créance successorale ?

Il nous semble qu'une branche de la doctrine classique a élaboré sa conception du partage des biens immeubles sur le terrain de la division des créances. La doctrine des cessions de parts, parfaitement valable pour les créances, a été étendue aux immeubles, où elle n'a aucune raison d'être.

**2) *Régimes naturels et régimes artificiels du partage des biens et de la division des créances***

Cela a eu des conséquences importantes tant sur le régime du partage des biens que sur celui de la division des créances.

**a) *Régime des cessions de créance appliqué aux cessions de quotes-parts***

**796.** **CONSEQUENCES SECONDAIRES. LE CORRECTIF DE L'EFFET DECLARATIF DU PARTAGE.** — Si les cessions de quotes-parts de bien indivis sont de même nature que les cessions de créances successorale, leur régime naturel est commun, et c'est celui du caractère translatif de la cession. Il est incontestable que les *cessions* de créance sont naturellement *translatives*. En revanche, l'erreur consiste à considérer qu'il en va de même des cessions de quotes-parts. Telle est pourtant la conséquence de l'assimilation des deux notions. Force est donc, pour expliquer le droit positif du partage des *biens présents*, qui contrecarre la nature des choses, de recourir à la *fiction* de l'effet déclaratif des cessions de parts.

**797.** **LA CREANCE SUCCESSORALE ET LA CREANCE DE PRIX EXCLUES DU DOMAINE DE L'EFFET DECLARATIF.** — Cette hypothèse est susceptible d'expliquer les disputes doctrinales d'anthologie qui ont eu cours relativement aux créances dans les décennies 1880, 1890 et 1900, époque cruciale pour l'état actuel de notre droit[47]. La querelle classique portait alors précisément sur le domaine de l'effet déclaratif du partage institué par l'art. 883 du c. civ. La question était de savoir si les cessions de créances, créances successorales et créance de licitation de l'immeuble indivis, étaient, ou non, soumises à l'effet déclaratif. Il est certain que durant la phase comprise entre l'arrêt Touzet (1887) et l'arrêt Chollet (1907), les créances de prix de licitation de l'immeuble indivis connaissaient le

[47] Rappelons que l'arrêt Rolland est du 10 juillet 1893, l'arrêt Chollet du 5 décembre 1907 et l'arrêt Frécon du 24 décembre 1912.

sort des créances successorales. Elles se divisaient *ipso iure* dès la licitation et leur cession lors du partage était translative. Ici nous sortons du champs de l'hypothèse. Il s'agit certainement d'une malencontreuse transposition du régime classique des créances successorales au cas du prix de licitation de l'immeuble.

**798.** **L'ARRÊT CHOLLET (I). APPLICATION DE LA FICTION DE DECLARATIVITE A LA CREANCE DE PRIX. —** Appliquer aux créances de licitation le régime applicable aux biens s'explique par l'idée, sinon que les créances sont des biens, du moins et plus subtilement qu'elles sont représentatives du bien qu'elles remplacent. Pourquoi, dès lors, ne pas appliquer à la créance représentative d'un bien le régime du bien qu'elle représente ? Cela a motivé la réadaptation, la réforme jurisprudentielle que l'on sait, avec l'arrêt Chollet, qui a touché également les créances successorales.

b) *Régime positif des biens indivis appliqué aux créances successorales*

**799.** CONTRECOUP DE LA TRANSPOSITION DE REGIME. — Si notre hypothèse est juste, les analyses qui précèdent génèrent une réaction compréhensible. L'on ne voit pas, en effet, pourquoi seules les créances successorales échapperaient aux règles de la matière. Que ces règles soient comprises, comme nous venons de le voir, comme un droit positif d'exception, n'y change rien. Il devient difficile d'expliquer 1° que les cessions de créance liées au partage ne soient pas déclaratives, 2° que les créances ne soient pas rapportées, d'une manière ou d'une autre, au partage.

α) ***Caractère déclaratif des cessions de créance***

**800.** EXTENSION AUX CREANCES SUCCESSORALES DE LA FICTION DE DECLARATIVITE. — L'erreur consiste dans l'extension abusive aux cessions de créances successorales des règles que l'on applique, légitimement, en réalité, au partage des biens et aux licitations qui s'y rattachent. Mais selon cette tendance, si le partage n'est qu'un ensemble de cessions entre copartageants, l'on ne voit pas de raison pour exclure les cessions de créances liées au partage du domaine d'application de l'article 883, qui instaure la fameuse fiction de l'effet déclaratif du partage. La *fictio legis* de l'article 883 qui désavoue l'effet translatif du partage devra s'appliquer ici aussi. Il n'est que d'interpréter ce texte en conséquence. N'énonce-t-il pas que « chaque cohéritier est censé avoir succédé

seul et immédiatement à tous les *effets* (un terme que l'on peut souligner) compris dans son lot (…) et n'avoir jamais eu la propriété des autres *effets* de la succession » ?

**801.** **L'ARRET CHOLLET (II). —** Le droit positif a tranché. Avec la jurisprudence Chollet il applique aux créances successorales, par assimilation de celles-ci aux créances de prix de vente, la disposition de l'art. 883 c. civ. initialement prévue pour les immeubles. Si notre hypothèse est juste, le comble de l'absurde serait atteint en ceci que les créances se seraient trouvées atteintes, par contrecoup, par une disposition qu'elles auraient précisément contribué à générer.

**β) *Rapport des créances successorales***

**802.** **ANALYSE ERRONEE DU REGIME CLASSIQUE DES CREANCES SUCCESSORALES. —** Le régime classique de la division des créances successorales, qui résulte de l'article 1220 du Code civil (après la loi des Douze Tables), les exclut du rapport et de la composition de la masse partageable. Mais lorsque l'on confond les biens indivis et les créances successorales, ce régime semble soudain injuste, au regard des règles, même artificielles, que l'on applique aux biens.

**803.** **COMPARAISON DE LA DIVISION DES CREANCES A L'INDIVISION DES BIENS. —** En effet, si l'on applique le régime des créances successorales de la manière classique que nous avons dite, il apparaît que chaque indivisaire doit hériter, pleinement, en propre et en exclusivité, proportionnellement à sa vocation

successorale, *de chaque créance*. Ce partage, surtout, est définitif. Cela semble une étrangeté, lorsqu'au contraire il se produit d'ordinaire pour les biens successoraux que l'héritier n'a qu'une quote-part abstraite et indéterminée du tout de la chose tenue en partage avec les autres.

**804.** LA DIVISION DES CREANCES SUCCESSORALES FAIT FIGURE DE PARTAGE PARTIEL. — Lorsque prendrait la créance successorale pour un bien, l'application classique et orthodoxe de l'art. 1220 fournirait assurément la meilleure illustration qui soit d'un partage partiel. Tout ce passerait alors en effet comme si le bien constituait à lui seul une masse indivise séparée de la masse principale. Le partage de l'une et de l'autre seraient indépendants. Il s'agirait d'une scission de la masse globale, la masse mère faisant l'objet du partage final et la masse fille, composée de la seule créance successorale, d'un partage partiel.

**805.** CONCEPTION GENERALE DE L'INDIVISION QUI SE DEGAGE DE LA DIVISION DES CREANCES. — C'est ainsi que chaque créance successorale, frappée des quotes-parts de chacun, n'aurait plus qu'à être partagée, chacun recevant naturellement une portion concrète proportionnelle à sa part abstraite. Opération d'autant plus aisée que ce bien est de nature divisible. Autrement dit, les quote-parts de chacun se concrétiseraient sur chaque créance comme sur autant de biens individualisés, contrairement aux principes de la matière. Au lieu de frapper, comme elles devraient, l'ensemble de la masse et tous et chacun des biens qui la composent *jusqu'en leur moindre atome*, elles ne frapperaient plus, relativement à telle

créance, que telle portion de la chose, et ce en exclusivité. Quoi qu'il en soit, la division *ipso iure* définitive des créances paraît aller à l'encontre des principes les mieux assis des règles de l'indivision. Cela a pu inspirer l'idée de modifier les règles relatives aux créances successorales.

**806.** CONCEPTION CLASSIQUE DU PARTAGE-CESSION ET DOCTRINE GERMANISTE. — Cela n'implique pas, selon la doctrine du partage cessions de quotes-parts, que les créances figurent dans la masse. C'est d'après la vision germaniste que les créances successorales sont intégrées à la masse partageable. Lorsque l'on agrège décidément les créances à la masse partageable, le saut est qualitatif[48]. Cela érige l'indivision en créancière. Or, d'après la branche de la doctrine classique que nous critiquons, les biens rapportés en valeur ne figurent pas dans la masse. Néanmoins, quoique sur l'opération du rapport cette tendance de l'analyse, erronée, mais encore classique, diverge de celle des germanistes, il reste qu'ainsi l'une et l'autre doctrine parviennent à agréer les mêmes solutions. Car les solutions actuellement en vigueur sont précisément celles qui vaudraient *spécifiquement* lorsque l'obligation serait intégrée au partage. Sur ce point comme sur d'autres, un certain courant classique nous semble même avoir initié des solutions qui, à elles seules, invoquaient les explications radicales mais claires du courant germaniste. Et d'ailleurs, en regardant les parts de créances

[48] Ajouter les créances à la masse des biens meubles et immeubles ne fait pas qu'en augmenter d'autant le volume, ça en fait tout autre chose. H. Capitant l'avait bien vu (« L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 22).

comme des quotes-parts de biens le courant classique tendait déjà à objectiver la propriété et les créances.

**807.** **RAPPORT EN VALEUR DE LA CREANCE SUCCESSORALE DANS LE CADRE DU PARTAGE-CESSION. —** Toujours est-il que le rapport en valeur de la créance successorale se traduit par une créance de l'héritier cessionnaire contre l'héritier cédant. Cette obligation, extérieure à la masse partageable, bénéficie d'un privilège sur les biens présents éventuellement attribués au débiteur. C'est le sens de l'intégration de la créance successorale au partage. Nous allons observer ceci de plus près en étudiant le cas suivant.

## § 2
## Théorie du rapport des dettes de l'indivisaire envers le défunt

**808.** **LE PARADIGME DU RAPPORT DES DETTES. —** Le cas du rapport des dettes de l'indivisaire envers le défunt est devenu, pour la branche de la doctrine classique que nous critiquons, le paradigme du rapport des dettes[49]. Il est vrai que l'indivisaire débiteur du défunt présente une figure analogue de celle de n'importe quel indivisaire débiteur envers l'indivision, et que l'assimilation est particulièrement tentante lorsqu'il est question pour un héritier de rapporter en valeur la créance du *de cujus* dont il a perçu le paiement ou qui s'est éteinte entre ses mains. En envisageant le cas de l'héritier qui était débiteur du défunt nous

[49] Par exemple, Planiol croit que depuis 1880 le rapport des dettes vise uniquement la restitution du prêt fait par le défunt à héritier, alors qu'il s'agit précisément d'un des cas d'application que nous contestons : M. Planiol, 3ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.3, n°2298 et s., p. 492. Une application entre mille, Isabel, Civ. 1re, 10 oct. 1995, cassation de Caen, 8 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 359, *JCP* 1996, éd. N., p. 277, *Rtd civ.* 1996.448, obs. Patarin.

allons donc reprendre et approfondir sous un autre angle la même question que précédemment. Il s'agit de préciser comment les partisans du partage cession de part analysent le rapport des dettes d'un héritier envers le défunt, puis de critiquer cet état du droit.

### A) Analyse classique erronée du rapport des dettes de l'héritier envers le défunt

**809.** LE RAPPORT DES DETTES SELON LA THEORIE DU PARTAGE-CESSION. — Modèle du rapport en valeur pour certains classiques comme pour les germanistes, l'opération du rapport des dettes n'est pas conçue du tout de la même manière d'une doctrine à l'autre. Dans le système germaniste, le rapport de ses dettes par l'héritier débiteur du défunt signifie que la créance figure dans la masse et lui est attribuée. Pour la visée classique que nous défendons, le rapport des dettes de l'héritier envers le défunt signifie que l'obligation entre en compte de partage, où elle est susceptible de s'éteindre par compensation, par exemple avec une obligation générée en contrepartie du prélèvement. Selon la visée classique que nous critiquons, les choses s'expliquent encore autrement.

**810.** 1° DIVISION DE LA CREANCE. — Dans un premier temps l'essentiel du cadre de la division des créances est respecté : la créance successorale se divise au prorata des parts, elle s'éteint par confusion dans la mesure de la portion attribuée à

l'indivisaire débiteur et elle subsiste, pour le reste, comme une obligation entre indivisaires.

**811.** **2° OBLIGATION ENVERS LES INDIVISAIRES. —** Dans un second temps, le caractère rapportable de l'obligation doit normalement geler son paiement jusqu'au partage. Il faut seulement mentionner une particularité du rapport des dettes de l'héritier envers le *de cujus*, au regard du rapport en général. En droit positif, par un curieux retour au principe de la division des créances, le rapport de la dette aurait quelque chose de potestatif. Le débiteur du défunt pourrait choisir de payer ses coïndivisaires, même contre leur volonté[50].

**812.** **3° PARTAGE EN NATURE. 4° PAIEMENT PAR PRELEVEMENT. —** Dans un troisième temps, lors du partage, l'on attribue à chaque héritier un lot composé de biens figurant dans la masse en nature[51], au copartageant débiteur du défunt comme à ses créanciers. C'est dans un quatrième et dernier temps que ceux-ci sont autorisés à se payer en prélevant le montant de leur portion de créance successorale sur la part de biens de leur débiteur. Autrement dit : ensuite des allotissements, les copartageants du débiteur du défunt peuvent exiger le paiement de leur part de créance sur la part des biens indivis à lui échus[52].

[50] [C'est une disposition qui figure désormais, depuis la loi du 23 juin 2006, au C. civ., art ; 865 (deuxième phrase).] Pendant l'indivision le rapport peut être en faveur des créanciers ordinaires de l'héritier débiteur, puisqu'ils peuvent le poursuivre sans attendre, tandis que les créanciers du rapport ne le peuvent pas. Un paiement anticipé de la dette rapportable peut donc profiter aux indivisaires créanciers, et par là même à leurs propres créanciers, mais nuire aux créanciers de l'héritier. Une autre question est de savoir si le débiteur du *de cujus* peut aussi refuser de payer avant le partage, exiger, autrement dit, le rapport. Il semble que non.
[51] Cela suppose la présence de biens présent en nature dans la masse partageable.
[52] Telle est la vision du rapport que l'arrêt Rolland a condamnée (Civ., 10 juill. 1893, v. *supra* note 33 sous n°44).

**813.** NATURE DU RAPPORT DES DETTES. — Souvent l'on s'est demandé si le rapport des dettes était un paiement ou s'il constituait une opération de partage. Mais même si l'opération, telle qu'elle apparaît à l'analyse, n'est pas à strictement parler un paiement, elle concerne tout de même l'extinction de l'obligation de bien trop près pour ne pas pouvoir être à très juste titre comparée à ce que produirait un paiement.

**814.** CRITIQUE DU PRELEVEMENT AINSI CONÇU. — L'opération est absolument exorbitante du droit commun en ce qu'en une forme de dation forcée elle revient, pour les créanciers, à se payer en nature sur les biens de leur débiteur[53]. Seuls les ayant cause du *de cujus* ont ce droit. Un tel prélèvement est évidemment refusé aux autres créanciers de l'indivisaire débiteur du défunt. En vertu du rapport des dettes, l'on accorde aux héritiers du *de cujus*, avec le prélèvement, et dans la mesure de la part en nature échue à chacun, un avantage certain, et même un privilège, sur les autres créanciers de l'héritier débiteur[54]. Il suffit, pour le comprendre, de faire l'hypothèse de l'insolvabilité de l'héritier débiteur du *de cujus*.

[53] Cf. la prohibition, d'après les principes du droit des sûretés, des pactes commissoires (néanmoins, v. C. civ., art. 2348, 2459-2460 et 2365 depuis l'ord. du 23 mars 2006).

[54] Dans l'affaire Médecin et Lanzaro, Civ. 1re, 14 déc. 1983, *D.* 1984.310 note A. Breton, la cour de cassation rejette le pourvoi qui attaquait un arrêt de la cour d'appel d'Aix en date du 4 mai 1982, confirmatif d'un jugement du TGI de Nice ayant repoussé la demande en partage exercée par la voie oblique par les créanciers personnels d'un indivisaire, faute d'intérêt, celui-ci épuisant complètement sa part par le *rapport de ses dettes*, parmi lesquelles l'une était *due au* de cujus, à cause de « sommes importantes versées (par le *de cujus solvens*) en l'acquit des dettes de son fils (futur héritier) ». Pour Breton c'est « de toute évidence » que l'expression de l'art. 829 « des sommes dont il est débiteur » recouvre les sommes dont le défunt était le créancier. La chose est si bien admise que le pourvoi, qui faisait pourtant flèche de tout bois, n'invoquait aucunement la remise en cause de cette idée.

**815.** **INTERET DES CREANCIERS. —** Les intérêt pour que le rapport ait lieu ne sont donc plus les mêmes lorsque l'on se place au moment du partage. Le rapport est indifférent pour le débiteur. En revanche, il est dans l'intérêt des héritiers créanciers du rapport, et de leurs propres créanciers, et donc, réciproquement, il n'est pas dans celui des propres créanciers de l'héritier débiteur. Une jurisprudence reconnait aux héritiers créanciers le pouvoir de renoncer au bénéfice du rapport le jour du partage, ce qui lése les intérêts de leurs propres créanciers[55]. Dans le même temps, ce même rapport ne pourrait pas être refusé par le débiteur[56]. La possibilité de renoncer au rapport des dettes envers le défunt, avant ou pendant le partage, s'explique parce qu'elles sont l'image inversée des créances contre lui, et qu'il doit y avoir une cohérence entre le régime respectif des unes et des autres.

**816.** **RUPTURE DE L'EGALITE ENTRE LES CREANCIERS DE L'HERITIER DEBITEUR DU *DE CUJUS*. —** Quoi qu'il en soit, le rapport rompt l'égalité qui avait lieu, avant que la succession ne s'ouvre, entre le *de cujus* et les autres créanciers de son héritier. Pourquoi est-ce que la créance du mort devrait être honorée avant celles des vivants ? La jurisprudence, dit-on, a préféré les indivisaires aux étrangers. Voilà

[55] Mais le débiteur aurait-il pu le leur imposer ?
[56] C'est ce qui semble résulter d'un arrêt de la cour de cassation en date du 10 oct. 1995. *Dixit* J. Patarin, chron. Rtd civ. 1996.449, au sujet de Civ. 1re, 10 oct. 1995, qui cite, à l'appui de cette dernière idée, M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, n°881 *in fine* et D. 1995.10 et note 5, puis renvoi à Rtd civ. 1995.161. M. Grimaldi, note sous Civ. 1re, 29 juin 1994, D. 1995.88, n° 6, p. 90, texte et note 15, cite Cass. 1re civ., 10 juin 1976 avec cette précision : « Le rapport est facultatif en ce sens seulement que le débiteur peut l'éluder par un paiement *avant partage* : paiement qui le prive de ses utilités (plus de règlement à simplifier, plus d'insolvabilité à redouter). Mais il s'impose au débiteur qui n'a pas payé avant partage : il est alors un droit pour ses cohéritiers. »

tout. Mais nous croyons qu'il est encore permis de critiquer le caractère rapportable de cette dette de l'héritier envers le *de cujus*, quand bien même celle-ci aurait servi de modèle à une analyse d'ailleurs erronée du rapport en valeur. Les deux choses sont indépendantes.

**817.** **ATTEINTE A L'ORDRE SUCCESSORAL DES PAIEMENTS. —** Les héritiers ayants cause du *de cujus* viennent en concours avec les autres créanciers de leur co-héritier, et devraient respecter les règles de ce passif. A commencer par l'ordre entre les créanciers d'origine personnelle et les créanciers d'origine successorale. Précisons bien que l'héritier débiteur est un débiteur successoral, parce qu'il était débiteur du *de cujus*, tandis que les indivisaires, ses créanciers, sont ses créanciers *personnels* ; ils ne doivent donc pas être confondus avec des créanciers successoraux. Le créancier successoral c'est celui dont le *de cujus* était débiteur ; tandis qu'ici il s'agit du cas du *de cujus* créancier de son futur héritier. Le rapport, en ce cas, brise l'ordre successoral des paiements.

**818.** **NOUVELLE APPRECIATION DES DROITS RECONNUS A L'ETRANGER CREANCIER SUCCESSORAL. —** Dans le contexte casuistique bien précis de ce rapport des dettes nous admettons donc comme un moindre mal que l'on accorde au créancier du défunt la faculté que l'on sait, de saisir ou de prélever un bien indivis avant le partage. Encore faudrait-il, lorsqu'un indivisaire héritier de la créance du défunt prétendrait bénéficier du rapport que nous dénonçons, et qu'il serait, sur le lot de l'héritier débiteur du défunt, en concours avec un créancier successoral, que ce

soit ce dernier qui l'emporte, au nom de l'application du privilège du créancier successoral sur le créancier personnel[57]. Mais nous maintenons que l'assiette du privilège du créancier successoral ne devrait pas dépasser la part de l'héritier débiteur dans la masse indivise.

### B) Critique du rapport des dettes de l'héritier envers le défunt

Le moment est venu de discuter du caractère rapportable ou non des dettes des héritiers envers le défunt. Il semble que l'on ait commencé par appliquer le rapport lorsque l'on parvenait à disqualifier le prêt d'argent pour le requalifier de don[58], en cas de fraude. Ce n'est que récemment que l'on a appliqué le rapport tout en maintenant à la dette de l'héritier envers le défunt sa nature de dette[59].

#### 1) *Distinction du prêt et du don*

**819.** L'ARGENT. — Pour comprendre cette évolution, il convient d'insister sur la nature et le régime du prêt d'argent, afin de montrer en quoi la dette contractée envers le *de cujus*, n'étant pas assimilable à une libéralité, ne saurait être rapportée. Nous ne revenons pas sur le régime naturel des donations. Celles-ci sont rapportables, sauf volonté contraire du *de cujus*. Si l'on conçoit qu'en

[57] Cf. jurisprudence Rolland (Civ., 10 juill. 1893, v. *supra* note 33 sous n°52).
[58] Cf. sur la distinction du prêt et du don, et ses rapports avec la distinction des droits réels et personnels : M. Mauss, *Essai sur le don*, dans *Sociologie et anthropologie*, 6ème éd., Paris : Puf, 1950, pp. 143-279, avec beaucoup d'hypothèses aventureuses (spèc. p. 239).
[59] Si tant est qu'il soit encore permis, en ces jours sombres, d'ainsi parler.

revanche, le régime du prêt d'argent n'est naturellement pas celui du rapport, tandis que c'est le cas du don d'argent, cette différence fondamentale est à même d'expliquer en quoi a pu consister la fraude, et la disqualification de l'opération par le juge.

**a) Notions et régimes spécifiques du don d'argent et du prêt d'argent**

**820. COMPARAISON DU PRET ET DU DON D'ARGENT. —** Don et prêt apparaissent extérieurement l'un et l'autre comme des opérations que nous dirons, d'un terme imprécis à dessein, d'accaparement d'un bien du *de cujus,* ayant lieu du vivant de celui-ci. Mais le prêt diffère du don sous deux aspects, l'espoir de retour et l'indépendance d'avec l'acceptation de la succession.

**α) *L'espoir de retour***

**821. L'OBLIGATION DE RESTITUER UN CORPS CERTAIN. —** Celui qui prête garde l'espoir du retour de son bien. Il faut d'ailleurs noter que lorsque l'héritier emprunte un corps certain au *de cujus,* il n'en devient pas propriétaire. Le *de cujus* n'a perdu que la détention de la chose, non sa propriété, et il peut espérer récupérer son bien. En ce cas le bien demeure dans la sphère patrimoniale de celui qui le prête. L'emprunteur est tenu de le lui restituer. Mais que l'on se garde de confondre ce devoir avec une obligation au sens technique. C'est par une action en revendication, action réelle, non par une action personnelle, que le

prêteur pourra contraindre l'emprunteur à lui restituer le bien. A l'ouverture de la succession, la propriété du bien, qui figurait toujours en nature à l'actif du *de cujus*, se transmet naturellement à ses successeurs. Le bien est donc indivis, et son emprunteur devra le rapporter en nature lors du partage, et le rendre, le cas échéant, au propriétaire exclusif qui sera déterminé alors.

**822.** L'OBLIGATION DE RESTITUER UNE CHOSE DE GENRE. — Les opérations se déroulent tout autrement lorsque l'objet est une chose de genre, de l'argent ou en tout cas un bien fongible. En ce cas, lorsque le futur héritier emprunte un bien au *de cujus*, la propriété en est transférée de l'un à l'autre. Le prêt initial se traduit par une appropriation du bien par celui qui l'emprunte, et cela accroît la consistance de son patrimoine tandis que décroit corrélativement celui du prêteur. La différence avec la libéralité tient encore à ceci que le *de cujus* garde à l'esprit l'espoir du retour de son bien. Comme disait joliment Louet, "celui qui prête demeure en cette volonté, que ce qu'il a prêté lui sera rendu"[60]. Il est permis de dire que la consistance des patrimoines respectifs du prêteur et de l'emprunteur ne varient que provisoirement, dans l'intervalle de temps compris entre le prêt et la restitution.

**823.** IMPUTATION DE LA CREANCE ET DE LA DETTE. — L'obligation vise avant tout au rétablissement réel de l'équilibre premier entre les deux patrimoines, celui du créancier et celui du débiteur, mais elle sert aussi à maintenir fictivement, de

[60] Louet, *Recueil d'arrêts*, 1742, lettre R, sommaire XIII.

manière comptable, cet équilibre. De l'ouverture de crédit au paiement l'équilibre originaire des masses est préservé virtuellement. La créance, traduction comptable de la confiance du *de cujus* dans l'héritier, ou procédé mnémotechnique, représente aussi à l'actif des comptes à la fois le bien sorti et le paiement à venir. Réciproquement, la dette est la figuration comptable, dans le patrimoine de l'héritier, de ce qu'un bien d'une valeur donnée lui a été confié et lui sera repris. Cette obligation authentique vient contrebalancer et annuler son enrichissement, de sorte que l'on ne puisse toujours pas parler d'une libéralité. Lorsque la succession s'ouvre, la créance se transmet aux successeurs.

**824.** **OPERATIONS ENTRE L'HERITIER ET LE *DE CUJUS*. —** L'analyse ne vaut pas seulement pour le prêt, mais encore pour la vente d'un bien par le *de cujus* à son futur héritier, pour le paiement par le même des dettes de ce dernier, ou pour toute autre cause similaire qui permette de dire que l'héritier contracte une dette.

**825.** **DISTINCTION DU DON. —** Au contraire, la libéralité ne constitue en aucun cas le gratifié civilement débiteur du *de cujus*, car un don se fait sans espoir de retour. La distinction de nature du prêt et du don ne s'efface pas lorsque la libéralité a pour *objet* une somme d'argent, et la dette pour *cause* un prêt d'argent. Le bien donné, immeuble, meuble ou argent, est transféré d'une sphère patrimoniale à l'autre sans générer de contrepartie comptable. Pas de commune mesure entre le don et le prêt d'argent, le don prendrait-il la forme originale de la remise de dette. La donation procure au gratifié un enrichissement définitif, qui

n'est contrebalancé par aucune contrepartie patrimoniale. Corrélativement, le don diminue à jamais la consistance du patrimoine du donateur.

**β) *Indépendance de la restitution de l'emprunt et de l'acceptation de la succession***

**826.** **DIFFERENCE DU DON ET DU PRET AU REGARD DE LA SUCCESSION. —** L'héritier devra rendre ce qu'il a reçu, indépendamment du fait qu'il accepte ou non la succession. En outre, le paiement peut avoir lieu avant le partage, ou même après, dans la mesure où, qu'il accepte ou non la succession, l'on ne voit pas en quoi le partage rend sa dette exigible immédiatement. Ce sont d'importantes différences avec la libéralité, parce que le gratifié ne peut évidemment être soumis au rapport de sa libéralité que dans l'hypothèse où il accepte la succession *ab intestat*, et parce que le rapport n'a de sens qu'au moment du partage.

**827.** **RAPPORT ET REDUCTION. —** Nous avons eu l'occasion de noter que le rapport ne doit pas être confondu avec la réduction. La réduction vise l'annulation de la libéralité, à la différence du rapport, qui la maintient au contraire[61]. L'indivisaire peut voir sa libéralité réduite pour atteinte à la réserve, mais cela est indépendant du rapport. Le rapport est inhérent au partage; il suppose un héritier acceptant de succèder *ab intestat*, et le rapport en valeur ne remet pas en cause la propriété du

[61] Sauf l'importante restriction des libéralités dites rapportables en nature, ce qui semble conduire à leur annulation. V. *supra* n°552 et 553, textes et notes. Mais en cas de don de somme d'argent il s'agit de rapport en valeur.

gratifié[62]. En principe le gratifié n'est pas seulement propriétaire jusqu'au partage, mais définitivement. La réduction aurait lieu quand bien même le gratifié renoncerait à la succession ou ne serait pas successeur *ab intestat*.

**828.** **RESUME DE LA MATIERE. —** En somme, en matière d'accaparement des biens du défunt, tout va dépendre de l'instant de l'ouverture de la succession. Lorsque l'opération a lieu avant le décès, le futur héritier contracte une dette, qui se divise à l'ouverture de la succession. Mais lorsque, dans le temps compris entre l'ouverture de la succession et le partage, il arrive qu'un indivisaire accapare un bien successoral, il est normal que cela entre en compte et soit rapporté le jour du partage. C'est à ses coïndivisaires, si l'on veut, que l'indivisaire a emprunté un bien. Le rapport se justifie parce qu'il est naturel qu'il le leur rende ; et lorsqu'il aurait dépassé sa part, il leur serait encore redevable de la différence. Lorsqu'il s'agirait d'un corps certain, le bien reviendra en nature à son attributaire ; c'est le sens de l'effet dévestitif du partage. Et lorsqu'il s'agirait d'un bien fongible, le rapport aura lieu en valeur, par fiction et représentation. En ce cas, l'héritier, alloti d'avance, s'est endetté envers ses coïndivisaires. Cette dette-là est rapportable.

[62] Cf. *supra* n°652, ainsi que l'ajout, issu de la loi du 23 juin 2006, à l'art. 845 C. civ., où sont employés des termes contradictoires (rapport en cas de renonciation à la succession) pour une étrange opération (une forme de réduction volontaire).

**b) La fraude et sa réparation**

**829.** ***FRAUS OMNIA CORRUMPIT.* —** Si l'on maintient la différence entre le régime du don et celui du prêt, l'on comprend que la fraude dont il est ici question consiste dans le déguisement de la donation d'argent en un prêt d'argent. Et partant, la réparation de la fraude explique le rapport des dettes.

**α) *Le prêt déguisé en don d'argent***

**830.** **ILLUSTRATION DE LA FRAUDE. —** Il s'agit de bien comprendre le cas dans lequel les héritiers ont intérêt à déguiser un prêt en don. Il faut supposer deux héritiers, Primus et Secondus, dont l'un, Secondus, a des créanciers qu'il s'agit de défavoriser. Lorsque le patrimoine du *de cujus* serait à hauteur de trente-six, les créanciers de Secondus pourraient espérer que la part de leur débiteur soit de dix-huit. Si le patrimoine du *de cujus* se compose d'une somme d'argent de dix-huit et d'un bien de même valeur, l'opération consiste à attribuer la somme d'argent à Primus.

**831.** **DIFFERENCE DU DON ET DU PRET. —** Lorsque ce serait un don, le rapport aurait pour effet que la somme d'argent constituerait la part de Primus, tandis que le bien constituerait celle de Secondus. Au contraire, si c'est un prêt, Primus est débiteur de dix-huit envers le défunt. A l'ouverture de la succession il devient débiteur de Secondus, à hauteur de neuf. La masse partageable n'est plus constituée que du bien, à hauteur de dix-huit. Celui-ci doit se partager en deux

parts de neuf chacune. La part de Secondus n'est donc finalement que de neuf, et se traduit pour le reste en une créance de neuf contre Primus, qui touche en tout vingt-sept. Les créanciers de Secondus peuvent poursuivre le débiteur de leur débiteur, mais ils viendront en concours avec les autres créanciers de Primus. Car la règle situe l'indivisaire héritier de la créance sur le même rang et à égalité avec les autres créanciers de l'héritier débiteur.

**832.** ATTEINTE AUX INTERETS DES CREANCIERS. — En déguisant une réelle donation des vêtements du prêt, source d'obligation, le concert frauduleux aurait donc précisément pour but de tirer parti de cette règle, afin de nuire au coïndivisaire, héritier d'une créance au lieu d'être créancier d'un rapport, ou, par lui, à ses propres créanciers, et de favoriser réciproquement l'héritier débiteur, et ses créanciers[63].

**833.** COMPARAISON AVEC LE CAS DE DEGUISEMENT FRAUDULEUX D'UN DON EN PRET. — L'on peut, pour éclairer l'opération, faire la comparaison d'avec la fraude inverse qui consiste à déguiser un don en prêt d'argent. En ce cas il s'agit d'organiser l'insolvabilité de Primus, le destinataire des sommes. Si le transfert d'argent est un prêt, il touchera sa part du bien en nature. Et Secondus, son cohéritier, créancier, aura d'autant moins de chances d'être payé que Primus a d'autres créanciers. Tandis que si c'est un don, au contraire, Primus sera alloti de la somme qu'il a déjà perçue et la part de Secondus sera constituée de l'entiéreté

[63] Donation déguisée, cf. R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris, éd.Bugnet, 1861, t.1, p. 511 ; t.8, pp. 155-156.

du bien. En cette seconde occurrence, la fraude, destinée à épuiser la part d'un indivisaire, consiste à habiller un prêt des vêtements de la donation (donation simulée). Les victimes en sont les créanciers de l'indivisaire — créancier successoral y compris.

β) ***Réparation de la fraude***

**834.** **RAPPORT DE LA DETTE DU PSEUDO-EMPRUNTEUR. —** En cas de fraude, la vocation du magistrat est de dépasser les trompeuses apparences de la fiction, de restituer à l'opération sa véritable qualification et, par réalisme, d'appliquer la règle idoine. En l'occurrence d'un don qui aurait été déguisé en prêt, il s'agit, selon l'analyse classique la plus rigoureuse, d'admettre l'entrée en compte de partage de la portion de créance successorale échue à l'indivisaire Secondus. Cela signifie que le débiteur, attributaire de l'argent, pseudo-emprunteur, a déjà perçu sa part. Le bien restant est donc attribué, en vertu d'un prélèvement, à Secondus, qui s'endette envers Primus, selon le processus que nous avons décrit.

**835.** **RAPPORT DES DETTES ET DROITS DU CREANCIER SUCCESSORAL. —** C'est le lieu de remarquer que la réparation de la fraude explique tant le rapport des dettes d'un héritier envers le défunt, que les droits exorbitants accordés aujourd'hui au créancier successoral. Car par comparaison, dans le cas contraire d'un prêt déguisé en don, il s'agira d'exclure l'intégration de la créance au partage, de sorte que le bien soit partagé entre Primus et Secondus. Cette rectification

prendra la forme d'une attribution, à Secondus, de sa part du bien. D'où l'on comprend la permission faite au créancier du même indivisaire de prélever la même portion.

**836.** VALEUR DE CETTE SOLUTION. — Tant que l'on se contente de démasquer la fraude et de découvrir le travestissement, il n'est pas possible, à strictement parler, de dire qu'il est fait exception au principe. C'est même sa protection, au contraire, qui est en cause.

### 2) *Confusion des catégories du prêt et du don*

L'on confond les catégories lorsque l'on applique au prêt d'argent en tant que tel, sans le requalifier, le régime de la donation rapportable[64]. C'est de cette confusion que procède le mythe du caractère rapportable de toute dette contractée par l'héritier envers le *de cujus*. Nous voudrions présenter cette confusion, en doctrine et en jurisprudence, sous l'angle, d'abord, de sa possible évolution (nous nous contenterons de désigner un axe pour une recherche en histoire du droit), ensuite sous celui d'une illustration récente qui montre qu'une

[64] Nous voulons bien croire que dans l'esprit des intéressés la limite est floue qui sépare le don d'argent destiné à acquérir par exemple un immeuble, du prêt d'argent pour la même fin (plus précisément : un prêt de somme d'argent stipulé sans intérêt et remboursable au décès – M. Grimaldi, note sous Civ. 1re, 29 juin 1994, *D.* 1995.88, n° 10, al. 1er, p. 91), du paiement par le *de cujus* de prix de l'achat contracté par l'héritier, ou encore de l'achat puis de la revente par le *de cujus*, suivie d'une remise de dette (le but est toujours atteint : le *de cujus* a trouvé à son futur successeur un toit pour s'abriter). C'est une question de fait. Nous croyons volontiers que l'opération de qualification est difficile, à simplement considérer l'enjeu qui s'y attache ; mais précisément, la distinction des catégories doit d'autant plus être préservée que les conséquences y attachées sont importantes.

tendance, en jurisprudence et en doctrine, est encore favorable à la position classique correctement entendue.

#### a) Evolution de la jurisprudence

**837.** **POINT DE DEPART. LA JURISPRUDENCE DES PARLEMENTS, AU XVIEME S. —** Il est souvent question de la jurisprudence des Parlements d'Ancien régime. Et sans doute au XVIème siècle en est-on encore au point où c'est le caractère frauduleux du prêt qui impose son rapport. Il faut supposer que la jurisprudence et la doctrine, oublieuses du point de départ que nous avons dit, ont connu l'évolution que voici.

**838.** **1° RENVERSEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE. DUMOULIN. —** Comme le renversement de la fraude dépend toujours beaucoup de la facilité avec laquelle on peut la prouver, un premier pas vers la confusion des catégories a pu être, peut-être dès le XVIème siècle, ou même avant, de commencer par présumer la fraude derrière tout prêt consenti par le défunt à ses descendants. Charles Dumoulin opérait de la sorte sur un point voisin[65].

**839.** **2° CARACTERE IRREFRAGABLE DE LA PRESOMPTION DE FRAUDE. —** Lorsqu'il s'agirait d'une présomption difficile à renverser en fait, et même, avancée supplémentaire, irréfragable en droit, nous serions toujours dans le cadre de la

[65] Dumoulin voulait « présumer une collusion entre les héritiers en vue de frauder les créanciers » afin de permettre au créancier successoral de poursuivre un héritier pour la part de dette d'un autre, même après le partage (H. Capitant, « L'indivision héréditaire », *revue critique*, 1924, p. 26).

théorie de la fraude. Néanmoins, un stade intermédiaire du progrès vers l'erreur est atteint lorsque l'on soutient que tout avantage patrimonial procuré par le défunt est irréfragablement présumé être une libéralité.

**840.** **3° TRANSFORMATION DU PRET EN DON. DOCTRINE DE BOURJON. —** Plus tardivement, nous trouvons chez Bourjon (1770) l'idée que tout prêt fait par un ascendant est naturellement un avancement d'hoirie[66]. Plus précisément, c'est l'ouverture de la succession qui transforme le prêt en avancement d'hoirie[67]. Il n'est plus question de fraude, et l'on envisage bien le cas où le rapport nuirait aux créanciers de l'héritier débiteur, parce que celui-ci, insolvable, serait ainsi privé de sa part en nature[68]. C'est l'effet normal du rapport, dont sont envisagées les modalités (imputation du montant de la dette sur le lot du débiteur[69] et prélèvement par les autres[70]).

**841.** **4° APPLICATION AU PRET DU REGIME DU DON. —** Le stade ultime de cette progression vers la confusion des idées a consisté a concevoir qu'il y ait rapport à cause d'un prêt qui n'en perd pas pour autant sa nature de prêt. Autrement dit, la source majeure de confusion tient à ceci que finalement, à la faveur, sans doute, d'un flottement doctrinal, l'on a fini par assimiler dette de l'héritier

[66] F. Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris : Grangé, 1770, t.1, livre 3, titre 17, 2ème partie, chap. 6, sect. 2, n°8, p. 849 : « le prêt, lorsqu'il est fait par un ascendant, est plus avancement d'hoirie que vrai prêt ».
[67] *Ibid.*, sect. 4, n°47.
[68] *Ibid.*, n°49.
[69] Ibid.
[70] *Ibid.*, n°50.

envers le *de cujus* et libéralité rapportable. Le rapport devient le régime normal du *prêt* du *de cujus* à l'héritier.

**842.** **5° LE PRET DU *DE CUJUS* A SON HERITIER, PARADIGME DU RAPPORT DES DETTES. PLANIOL. —** Le comble est atteint lorsque le rapport des dettes est considéré comme le paradigme du rapport. C'est ainsi que chez un auteur comme Planiol, tout est consommé, le rapport des dettes vise même uniquement les prêts entre défunt et héritier[71]. La doctrine a changé.

**843.** **REACTION DE LOUET. —** Nous avons noté chez Louet, auteur de peu antérieur à Bourjon, une doctrine qui maintient fermement entre le don et le prêt la distinction de nature et donc de régime[72].

**b) Tendances récentes en jurisprudence**

**844.** **POINT EN DISCUSSION. SPECIFICITE DU REGIME DU PRET AU REGARD DE CELUI DU DON. —** La discussion jurisprudentielle que nous allons évoquer ici concerne directement le maintien de la différence de nature du prêt au regard du don en ce

[71] M. Planiol, 3ème éd., Paris : LGDJ , 1905, t.3, n°2298 et s., p. 492, où il est dit que le rapport des dettes ne vise plus, depuis 1880, que les prêts entre le défunt et l'héritier.
[72] Louet, *op. cit.*, lettre R, sommaire XIII : « On disait que l'article 308 de la nouvelle Coutume de Paris, réformée depuis l'Arrêt des Favereaux, qui est de l'an 1574 ne parle que du rapport de ce qui a été donné ; que sous le mot *donner*, le prêt ne peut être compris, *quia in collationem non cadit, est casus non expressus, qui habetur pro omisso.* Aussi il y a bien de la différence entre le don & le prêt : tous bien-faits & avantages, tous meubles & immeubles, donnez par pere & mere à leurs enfans, sont reputez donnez en avancement d'hoirie, & par forme d'anticipation, suivant l'article 278 de la même Coutume : donc lesdits enfans, ou leur représentation, sont tenus de rapporter à la masse hereditaire tous ces avantages, ou moins prendre. »
« Il n'est pas ainsi du prêt : le pere donne à son fils, comme son présomptif héritier : mais s'il lui prête quelque chose, c'est comme à un étranger, & la personne du fils n'est non plus considérable que celle d'un étranger : celui qui donne, fait le donataire, Seigneur & maître de la chose donnée, celui qui prête demeure en cette volonté, que ce qu'il a prêté lui sera rendu : donc ce n'est point un avantage, ni un avancement de succession. »

que la question est de savoir si l'on étend, ou non, au prêt, tout le régime applicable au don. Nous dissocierons l'aspect doctrinal de l'aspect positif de la question.

α) ***La querelle en doctrine***

**845.** **MODIFICATION INITIALE DU REGIME DU DON D'ARGENT. PRINCIPE DU NOMINALISME MONETAIRE. —** Afin d'éclaircir au mieux le contexte casuistique de la dispute, au préalable il faut bien comprendre que c'est le régime du don d'argent qui a d'abord subi, de son côté, des modifications. Car le régime initial du don d'argent s'appliquait sans discussion au prêt d'argent. Lorsque le don a pour objet une somme d'argent, l'on sait que son montant reste au jour de l'ouverture de la succession et au jour du partage le même que ce qu'il était le jour de la libéralité[73]. En vertu du principe du nominalisme monétaire, l'argent, qui fixe la valeur de toute chose, n'est pas censé être soumis lui-même à des variations de valeur. Il en va tout différement de l'objet d'un avancement d'hoirie en nature. La valeur du bien ayant augmenté ou baissé, soit que sa valeur intrinsèque ait varié, soit que son prix ait changé à cause de la déflation ou de l'inflation de la monnaie. Alors se pose la question du moment de son évaluation, et l'art. 860 du

[73] Art. 869 c. civ: "Le rapport d'une somme d'argent est égal à son montant…"

C. civ. prévoit qu'il sera tenu compte de la valeur du bien donné que l'on rapporte à l'époque du partage[74].

**846.** L'EMPLOI DU BIEN DONNE. — Il convient d'emprunter le détour du régime de l'emploi[75]. C'est à cause de l'emploi, et du jeu de la subrogation réelle qu'il implique, si les choses se sont compliquées par crans successifs. L'on conçoit d'abord qu'il y a emploi du bien donné au cas où le donataire l'échange contre un autre bien. Le bien acquis est subrogé au bien initial, de telle sorte que le jour du partage ce soit non plus le bien originairement donné que l'on évalue, mais à sa place celui acquis en échange[76]. La même idée est transposable à la vente, où c'est le prix de vente qui est subrogé au bien aliéné, de telle sorte que le jour du rapport l'on tienne compte non de la valeur actuelle du bien, mais de celle fixée le jour de la vente. Subrogée au bien, la dette d'argent connaît tout normalement le régime propre à sa nature. C'est sa somme qui compte.

**847.** PREMIERE ATTEINTE AU PRINCIPE : LE REMPLOI DU PRIX DU BIEN DONNE. — L'idée du mécanisme d'emploi est donc de suivre, par subrogation réelle, l'évolution de la valeur d'une même libéralité à travers celle de ses substituts successifs. Cette

[74] La loi du 23 juin 2006 a précisé « d'après son état à l'époque de l'acquisition » et a ajouté un cas qui exclut la subrogation (« si la dépréciation du nouveau bien était, en raison de sa nature, inéluctable au jour de son acquisition »).
[75] L'emploi, qui sert dans les régimes matrimoniaux à la protection des propres, sert dans l'indivision à éviter qu'il y ait dette rapportable. Si en bonne règle la subrogation réelle peut toujours s'accomplir à l'intérieur d'une seule et même *res* (un troupeau, une bibliothèque), elle ne peut s'accomplir au sein de l'hérédité comme si une chose qui en est un élément et qui forme un tout, été remplacée par une autre. Exemple : si un troupeau de mouton est en indivision, le croît des bêtes revient aux mêmes propriétaires, mais si l'on échange tout le troupeau contre un troupeau de bovins la subrogation devient problématique. La loi du 23 juin 2006 a consacré le mécanisme de la subrogation réelle au sein de la masse indivise (art. 815-10 al 1er C. civ).
[76] Cf. en droit matrimonial et en droit de la tutelle.

idée peut valoir sans difficulté pour des échanges successifs, mais les choses deviennent problématiques lorsque l'on parle du remploi de la somme d'argent perçue pour prix d'une aliénation. Et pourtant, comme s'il y avait une traçabilité de l'argent, l'on considère que les deniers de la vente faite du bien à lui initialement donné ont été remployés par l'interessé pour acheter tel autre bien. C'est donc le bien acheté que l'on évaluera le jour du partage.

**848.** **SECONDE ATTEINTE AU PRINCIPE : L'EMPLOI DE L'ARGENT DONNE. —** C'est cette grave modification portée au régime du don en nature qui a d'abord atteint, par contrecoup, le régime du don d'argent. Car lorsque l'on a franchi le pas, il n'y a plus de raison de ne pas l'appliquer au don d'argent, et c'est bien ce qu'a prévu le législateur le 3 juillet 1971 avec l'article 869[77] c. civ.: "Le rapport d'une somme d'argent est égal à son montant. Toutefois, si elle a servi à acquérir un bien, le rapport est dû de la valeur de ce bien, dans les conditions prévues à l'article 860."

**849.** **QUESTION DE L'EMPLOI DE L'ARGENT PRETE. —** L'on a donc douté de l'application des dispositions de l'article 869 au prêt d'argent. Une discussion naquît sur ce point en doctrine[78]. Les travaux préparatoires de la réforme de 1971

[77] Devenu art. 860-1 par la loi du 23 juin 2006.
[78] V. la note (sous Civ. 1re, 18 janv. 1989, *D.* 1989.305) de G. Morin qui cite d'abord, comme ayant semé le doute dans les esprits, P. Catala, *La réforme des liquidations successorales*, 2ème et 3ème éd., Paris : Rép. Defrénois, 1982, n°42 bis, puis, en note 6, les auteurs *contra* (M. Dagot, *Les règlements successoraux après la loi du 3 juillet 1971*, 2ème éd., Paris : Litec, 1979, n°258 ; M. Mathieu, v° rapport à succession, *Juriscl. not. form.*, n°65 ; F. Terré et Y. Lequette, coll. Précis Dalloz, 2ème éd., Paris : Dalloz, 1997, n°874), enfin, se contentant de constater l'incertitude, J. Flour et H. Souleau, coll. « U », 2ème éd., Paris : Armand Colin, 1987, n°410, note 16 (« si l'argent emprunté a servi à acquérir un bien, il y a incertitude sur le point de savoir s'il y a lieu de rapporter la somme reçue ou la valeur du bien. »)

faisaient clairement apparaître que les rédacteurs de l'art. 869 c. civ. n'avaient à l'esprit que le rapport du don d'argent[79].

**850.** **Regime d'emprunt et transformation de nature.** — C'est dans le contexte de cette discussion que nous semble se poser la question de la distinction du don d'argent et du prêt d'argent. Cependant les choses sont complexes et la solution du problème ne dépend pas simplement du point de savoir si le prêt conserve, par-delà le régime de son rapport, sa nature intrinsèque, ou s'il revêt la nature d'un don.

**851.** **Argument favorable a l'application du regime du don.** — Cette dernière position, qui correspond à la nature des choses, serait la plus logique. Si un prêt est rapportable, c'est d'abord parce qu'en réalité il est un don. Si c'est pour cette raison que l'article 829 lui est appliqué, il n'y a donc pas de raison d'exclure 869. Il faudrait appliquer à cette donation déguisée en prêt tout le régime d'une donation, et quoique par ailleurs cela nous semble en soi contestable, le jour du partage l'on ne doit pas regarder le montant du prêt lui-même mais plutôt le bien acquis avec les deniers.

**852.** **Arguments defavorables a l'application du regime du don.** — Néanmoins, il y aurait tout de même deux raisons pour ne pas appliquer cette dernière règle, tout en maintenant l'idée que le prêt a revêtu la nature d'un don. La première

[79] G. Morin, note sous Civ. 1re, 18 janv. 1989, *D.* 1989.305, spéc. note 3.

tiendrait au caractère présumé frauduleux de l'opération. Si tel est le cas, celle-ci ne doit pas profiter aux intéressés. Ils ne doivent donc pas pouvoir tirer avantage du régime de la donation, et tout dépend des circonstances. La seconde relèverait du caractère exceptionnel que l'on reconnaîtrait à la disposition de l'article 869. L'extension au don d'argent de la technique de l'emploi serait si anormal qu'il faudrait une précision explicite du législateur pour que l'on opère un retour sur le régime du prêt d'argent.

**853.** **LE PRET CONSERVE SA NATURE PROPRE. —** Il reste que la confusion que nous dénonçons consiste bien à dissocier les choses: appliquer le rapport sous prétexte d'une simple ressemblance du prêt et du don, en se condamnant, dès lors, à cause du principe supérieur du nominalisme, à ne pas appliquer 869 : aveu s'il en est de ce que l'on maintient au prêt sa qualité intrinsèque de prêt.

**β) *Droit positif***

**854.** **CAS D'EMPLOI DE L'ARGENT PRETE. —** Au travers de deux affaires, le cas s'est présenté en jurisprudence d'un prêt d'argent ayant servi à l'emprunteur à acquérir un immeuble dont la valeur le jour du partage était supérieure à celle du jour de son acquisition. Autrement dit, la valeur de l'immeuble étant supérieure à la dette restée impayée, l'intérêt du gratifié, en ce cas, était de rapporter sa dette envers le défunt, tandis que l'intérêt de son copartageant créancier était au

contraire d'appliquer l'emploi[80]. Notons d'emblée une distinction entre les deux affaires. Dans la première les sommes étaient *destinées à*, tandis que dans la seconde elles avaient *servi pour*.

**855.** **L'ARRET AUBERT, CIV. 1ERE, 18 JANVIER 1989. —** Dans la première affaire l'indivisaire créancier demandait donc l'application du régime de l'article 869 c. civ. à la dette ayant pour cause un prêt d'argent. Le juge de première instance la lui refusa (TGI Guéret, 1er fév. 1983). Mais le juge d'appel infirma cette décision (Limoges, 28 oct. 1986) au motif que "les art. 869 et 860 c. civ. avaient vocation à s'appliquer en matière de rapport des dettes." La Cour de cassation, le 18 janvier 1989, rejeta le pourvoi formé contre cette décision, au motif que l'art. 869 c. civ., rédigé en termes généraux, ne distingue pas suivant que les sommes rapportables par un successible ont fait l'objet d'un don ou d'un prêt[81].

**856.** **L'ARRET CUMMINGS, CIV. 1ERE, 29 JUIN 1994. —** Dans la seconde affaire, la Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt rendu le 31 oct. 1991, avait semble-t-il carrément exclu l'application de l'article 829, ce qui, par ricochet, écartait la question de l'applicabilité de 869[82]. En effet, elle se décida au motif que "la preuve de l'acquisition de cette propriété au moyen d'une donation déguisée

[80] Dans l'affaire Aubert, le défunt avait prêté à chacun de ses deux héritiers des sommes d'inégales valeurs de sorte que l'intérêt du bénéficiaire de la plus faible des deux était d'accroître la différence en plaidant le rapport de la valeur du bien acquis.
[81] Civ. 1re, 18 janv. 1989, Aubert c/ Fougerol, *D.* 1989.305, note G. Morin ; *JCP* 1989, éd. N. II.149, note Montredon ; *JCP* 1990, éd. G. II.21465, note Vigneau ; *Rtd civ.* (1989), 794, obs. Patarin ; *Defrénois* (1989), art. 34463 ; H. Capitant, 10ème éd., Paris : Dalloz, 1984, n° 238, obs. F. Terré et Y. Lequette ; rejet pourvoi contre Limoges, 28 oct. 1986, infirmatif de TGI Guéret, 1er fév. 1983.
[82] Cummings, Civ. 1re, 29 juin 1994, *D.* 1995.88, note M. Grimaldi, *JCP* 1995.I.3876, n° 5, obs. Le Guidec, *JCP* éd. N 1995.II.1745, note Pillebout, *Rtd civ.* 1995.161, obs. Patarin.

consentie par son père à Emilien Freymann n'avait pas été administrée et qu'il n'y avait donc pas lieu à rapport de ce bien." Il y aurait ici, selon nous, deux lectures, en fonction de l'objet de la preuve. S'agissait-il de prouver que la propriété avait bien été acquise au moyen de la somme, dont la nature, par ailleurs, allait de soi. Autrement dit, s'agissait-il de prouver l'emploi? Ou était-il question de prouver la fraude, le déguisement du prêt en donation? Nous aurions penché pour la première interprétation. Toujours est-il que c'est la seconde, celle traduisant le plus de témérité de la part des magistrats bordelais, qui l'emporta aux yeux de la Cour de cassation.

**857.** **Y A-T-IL EU REVIREMENT DE JURISPRUDENCE ? —** L'opinion de la Cour de Bordeaux ainsi comprise contraint la chambre civile de la Cour de cassation, pour exclure elle aussi le jeu de l'emploi, à revenir en profondeur sur les motifs de l'arrêt d'appel. Elle commença donc par énoncer que "le rapport des dettes prévu par l'art. 829 c. civ. n'est qu'une technique de règlement qui n'obéit pas aux règles de l'art. 869 du même code, lequel concerne exclusivement le rapport des dons." La Cour de cassation ne se situe donc certainement pas sur le terrain de la preuve d'un éventuel emploi, elle en écarte le principe. Et c'est sur ce point que la Cour de cassation *semble* revenir sur sa jurisprudence de 1989. Nous introduisons cette nuance parce qu'en l'espèce les deniers n'étaient pas *destinés* à acquérir un immeuble, mais, comme nous l'avons déjà relevé, *avaient été*

*utilisés* à cette fin[83]. Ce distinguo nous semble suffisant pour exclure le revirement de jurisprudence.

**858.** **LE RAPPORT DE LA DETTE. —** Et la Cour de cassation ajouta que “le cohéritier débiteur n’en doit pas moins réaliser le rapport de sa dette en moins prenant, par imputation sur sa part, et non en effectuer le paiement.” Autrement dit, quand bien même exclut-on l’application de l’article 869 à la dette de l’héritier envers le défunt, son rapport reste la norme.

**859.** **RETOUR A LA NECESSITE DE PROUVER LE CARACTERE FRAUDULEUX DU PRET. —** Si l’idée de la Cour de Bordeaux était bien d’exclure le rapport de la somme d’argent faute de preuve d’une intention frauduleuse, cela traduit un retour en doctrine des conceptions classiques les plus rigoureuses. Nous avons relevé par ailleurs que ce motif de la Cour de Bordeaux ainsi compris avait trouvé un écho dans le pourvoi dirigé contre l’arrêt de la Cour de Caen daté du 8 juin 1993, et rejeté par la Cour de cassation le 10 octobre 1995. L’idée était qu’il ne puisse y avoir rapport d’une somme qu’à condition que le juge ait constaté que celle-ci avait fait l’objet d’une libéralité (et visa de l’art. 843 c. civ.). Il importe peu que l’argument ait été étrangement mal à propos en l’espèce, de telles discussions étant toujours susceptibles d’ouvrir la voie.

[83] En outre, l’arrêt de 1994 a été rendu par la même chambre que celui de 1989 mais *autrement composée*, ce qui n’exclut pas un désaccord au sein d’une même chambre et quelque revirement à l’avenir (Patarin, note, p. 161).

**860.** **L'HERITIER DEBITEUR PEUT SE LIBERER AVANT LE PARTAGE. —** En outre nous avons vu qu'il est encore permis à l'héritier débiteur du *de cujus* de se libérer avant le partage. Toutes ces nuances prouvent que l'on regarde encore parfois la dette comme une dette ordinaire. Rien n'assure donc que la confusion soit si générale, ni si absolue. Et puis quand bien même, elle n'en serait pas inéluctable. Il est vrai que le long temps donne aux erreurs une autorité que l'on n'accorde pas à la vérité. Mais nous ne croyons pas que les idées soient comme les siècles, soumis au progrès irrésistible du Temps, et que tout retour leur soit interdit.

# Conclusion

**861.** ***Fictio legis.*** — *L'indivision est une personne fictive*. Il nous faut éclaircir cet énoncé[1]. Le sens de notre formule dépend en premier lieu de la compréhension de la notion de fiction juridique (*fictio legis*). Or, s'il y a fort longtemps que l'on a intégré et banalisé l'importance, en droit, du phénomène de

[1] Cf. *supra* note 1 sous n°1.

la fiction[2], si même l'on y a très justement vu quelque chose comme le symbole ou l'image de ce qu'était toute la discipline juridique[3], il demeure, comme il faut s'y attendre, que sa compréhension exacte n'est pas évidente[4]. Nous allons donc préciser ce que nous entendons par *fiction juridique*.

I

[2] Ce n'est plus un secret depuis longtemps. Bien avant Giraudoux (v. *infra* note 39 sous n°875), Corneille (après Montaigne, certes) l'a noté : « Les jurisconsultes admettent des fictions de droit ; et je voudrais, à leur exemple, introduire des fictions de théâtre, pour établir un lieu théâtral » : P. Corneille, *Discours des trois unités*, in Œuvres, Marty-Laveaux, 1, p. 121 (cité par C. Schmitt). Montaigne, *Essais*, livre 2, chap. 12 : « Tout ainsi que les femmes employent des dents d'yvoire où les leurs naturelles leur manquent, et au lieu de leur vray teint en forgent un de quelque matière étrangère ; comme elles font des cuisses de drap et de feutre, et de l'embonpoinct de coton, et au vu et seu d'un chacun, s'embellissent d'une beauté fausse et empruntée : ainsi fait la science, et notre droit mesme a, dict-on, des fictions légitimes sur lesquelles il fonde la vérité de sa justice. » (placé en exergue de sa thèse par O. Jallu, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, thèse paris, 1902.). Hobbes dit, dans l'introduction de son *Léviathan* (coll. Philosophie politique, Paris : Sirey, 1971), que l'Etat est une œuvre de l'art (comprendre l'*ars iuris*). Sur la fiction, clef de l'évolution du droit romain, v. F. C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris : Puf, 2006, pp. 65-66 ; M. Weber, *Sociologie du droit*, coll. Recherches politiques, Paris : Puf, 1986, p. 154 ; Cf. J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 33, 1188, pp. 357-386 [je remercie S. Kott de m'avoir communiqué cet article]. Sur *fictio legis*, v. G. Ripert , *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., Paris : LGDJ, 1955, n°144, p. 351, ainsi que les auteurs cité, en note 1 ([V. aussi : F. Gény, *Science et technique, en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris : L. Tenin, 1921, III, n°240, p. 360 ; P. Roubier , *Théorie générale du droit*, 2ème éd., Paris : Sirey, 1946, n°13, p. 145 ; J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles : éd. Bruylant, Paris : Sirey, 1935, p. 275 ; Cornil, « Réflexions sur le rôle de la fiction dans le droit », *APD*, 1935, p. 28]) ; L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil* publié d'après *le Cours élémentaire de droit civil d'Ambroise Colin et Henry Capitant*, coll. Précis Dalloz, 9ème éd., Paris : Dalloz, 1950, p. 245 ; E. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie et autres textes*, présentation de P. Legendre, traduction L. Mayali et A. Schütz, coll. Pratiques théoriques, Paris : Puf, (E. Balibar et D. Lecourt), 1984, 141 p. (en particulier, *Mystères de l'Etat* et *La souveraineté de l'artiste*) (je remercie G. Gain de m'avoir communiqué ce texte). Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits* n° 21-22, 1995, pp. 17-63. Et plusieurs thèses récentes.

[3] Y. Thomas, *ibid.* : « Avec la fiction, nous sommes en présence du mystère le plus radicalement étranger à la pensée commune qu'offre, non pas la pensée juridique, mais plus précisément la technique du droit, sa manière de faire, l'*ars iuris*. »

[4] A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 8ème éd., Paris : Puf, 1960, p. 355 : « D'une façon générale, ce qui est feint ou fabriqué par l'esprit ». L'on pourrait reprendre, au sujet de la fiction, le mot que P. Legendre dit lui avoir été tenu par un juriste, au sujet de l'interpétation : « c'est jouer du piano avec un marteau ».

**862**. **COMPLEXITE DE LA CASUISTIQUE DE L'INDIVISION. —** Nos développements ne sont jamais que l'exposé de la matière de l'indivision successorale sous la forme d'une collection de cas qui présentent autant de figures juridiques, distinctes les unes des autres et placés dans un certain ordre. Mais tous ces cas peuvent très bien être présentés, dans une version abstraite et simplifiée, comme autant de déclinaisons d'un seul et unique cas qui mettrait en cause des relations de propriété et d'obligation entre au moins trois personnes, dont deux seraient en indivision. Cette casuistique noue, avec les difficiles notions de propriété et d'obligation, des énigmes[5] qui sont, pour certaines, tranchées en droit positif[6]. Autrement dit certains cas difficiles reçoivent une solution de dispositions législatives ou jurisprudentielles.

[5] Le lecteur aura compris que si nous étions en quête d'une casuistique c'est parce que nous croyons que c'est grâce à cela que peuvent se nouer des énigmes susceptibles d'instaurer cette dialectique dont le doyen Le Bras disait qu'elle fait le nerf de notre science. Pour une approche littéraire de la casuistique, v. A. Jolles, *Formes simples,* traduit de l'allemand par A.-M. Buguet, coll. Poétique, Paris : Seuil, 1972, pp. 137-157 (je remercie G. Gain de m'avoir communiqué ce texte). C'est aux Etats-Unis, depuis la discipline du droit, que la *case method* a essaimé en histoire, en anthropologie et en particulier en sociologie, avec l'Ecole de Chicago, qui l'exportera en Europe. Là, en ce qui concerne le Droit, l'idée a surtout fait florès chez les romanistes, avec A. d'Ors en Espagne, en France M. Villey (*Philosophie du droit, II. Les moyens du droit*, coll. Précis Dalloz, 2ème éd., Paris : Dalloz, 1986, n°175, p. 69 et n°209 pp.148-149) ; cf. n° d'*Enquête*, colloque EHESS. Le restaurateur moderne de la méthode d'*enseignement* et de *recherche* par l'étude de cas est l'américain (Irlando-écossais d'origine) C. C. Langdell (New Boston, 1826-Cambridge, 1906). Ressorti sans diplôme du Harvard College (après 18 mois, 1848-1849), il fut d'abord clerc d'avocat, avant de sortir *Bachelor of laws* de la Harvard Law School (1851-1854) et de pratiquer 16 ans comme avocat à New York ; dans la préface de *A summary on the law contracts* (Littleton, colo. : F.B. Rothman, 1980) il dit que c'est avant tout à la suite de son expérience comme étudiant qu'il a commencé à concevoir l'idée que le droit se compose de principes incorporés dans des séries de cas et que, puisque la fin du droit consiste pour le *lawyer* à en acquérir la connaissance et à en maîtriser l'application concrète et pratique, le droit ne saurait être enseigné ou étudié qu'en se servant de ces séries de cas. Il enseigna à la Harvard Law School de 1870 à 1895. W. Twining, *Karl Llevellyn and the Realist Movment*, London : Weidenfeld and Nicolson, 1973 (spéc. pp. 10 et s.) ; R. Valeur, *Deux conceptions de l'enseignement juridique. Les Facultés Françaises de Sciences Sociales, Les Ecoles Professionnelles du droit aux Etats-Unis, Leur influence respective sur le système juridique national*, thèse droit Lyon, 1928, Lyon : Bosc, 1928, 351 p.

[6] S. Kuttner, « Sur les origines du terme droit positif », *Revue historique française du droit français et étranger*, 4ème série, XV, 1936, pp. 728-740 (spéc. p. 736, que la question de la distinction du droit positif et du droit naturel a été invoquée à propos de celle de l'ignorance du droit, et *eod. loc.* que la source serait le Timée de Platon). Cf. Gaius et Justinien.

**863.** DROIT POSITIF ET DROIT NATUREL. — Les lois, les réglements, les décisions et les sentences diverses, en particulier les jugements et les arrêts des cours et tribunaux, qui font le droit positif, sont sensés, de nos jours encore, mettre la force exécutoire au service d'un droit rationnel[7]. Cette prétention suffit, à nos

[7] La rationalité juridique a partie liée avec la logique, qui est demeurée, envers et contre tout, le contexte du droit positif, et le raisonnement destiné à fonder en droit une décision se trouve être un syllogisme. Cf. Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, préface : « les formes et les règles de l'ancienne logique, c'est-à-dire de la définition, de la classification et du syllogisme, dont l'ensemble constitue la connaissance par entendement. », coll. Bibliothèque des textes philosophiques, Paris : J. Vrin, 1991 ; F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préface R. Saleilles, 2ème éd., Paris : LGDJ, 1919, I, n°s 60 et s., dénonce, en particulier avec le lien nature-régime, « la méthode traditionnelle », « les conceptions pures » et « une logique toute abstraite » ; M. Villey, de même, dans les *Archives de philosophie du droit 11/La logique du droit*, « Présentation » 1966, déplore, p. 8 : « (…) le raisonnement déductif a *envahi* l'art juridique. Peut-être était-ce déjà le cas dans certains cercles de juristes des derniers siècles du moyen-âge, quand le syllogisme, tiré des Analytiques d'Aristote, régnait sur la basse scolastique, et que s'étendait le prestige de la logique formelle. » (Nous soulignons.) ; F. Berriat Saint-Prix, *Manuel de logique juridique à l'usage des étudiants, des candidats de concours, des avocats, des magistrats et de tous ceux qui traitent des questions de droit. Guide pour les thèses de licence, de doctorat, de concours*, 2ème éd., Paris : Cotillon, 1876, n°21 à 25 (syllogisme) ; G. Cornu, Association Capitant, 8ème éd., Paris : Puf, 2000, v° Qualification ; M. Villey, *op.cit.*, pp. 8-9 (« Un arrêt de jurisprudence se présente à nous sous l'apparence d'un syllogisme, d'un exercice consciencieux de logique formelle. » (…) Un « pur travail de « subsomption » des cas d'espèces sous la règle ». (rappr. M. Weber, *Rechtssoziologie*, manuscrit 1911-1913, découvert en 1957, coll. Recherches Politiques, Paris : PUF, 1986) *Droits* 18/La qualification (1993), en part. O. Cayla, « Ouverture : la qualification ou la vérité du droit », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 18, p. 3 ; L. Hocine, *La consultation et la logique juridique en droit privé par la méthode et l'exemple*, Grenoble, 1983, n°6 à 23, pp. 6-17, et *La dissertation et la logique juridique en droit privé par la méthode et l'exemple*, Grenoble, 1983, n°8-10, pp. 2-3 ; J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris : Puf, 2001, p. 362. et *Théorie générale du droit*, 4ème éd., Paris : Dalloz, 2004, pp. 270-271. Preuve de l'importance du syllogisme en droit, l'on estime qu'il y prend la place de la logique toute entière, alors qu'il n'en est qu'une partie (Cf. J.-L. Bergel, *ibid.*). Le syllogisme est l'une des pièces constitutives de la dialectique. Reprenons, pour fixer les idées, le *trivium* des *artes liberales*, grammaire, rhétorique et dialectique : 1° *Grammaire* (philosophique). Sur l'idée que « la grammaire n'est qu'un secteur particulier de la logique » : P. Legendre, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, coll. « Le champ freudien », Paris : Seuil, 1974, p. 95 (la sémiologie). L'on sait l'importance qu'a représenté l'analyse grammaticale pour l'interprétation juridique moderne, depuis la renaissance de l'étude du droit au Moyen-Age, avec la glose, jusqu'à l'Ecole de l'Exégèse, en France, au XIXème siècle. 2° *Rhétorique*. Ch. Perelman estime que l'on a exagéré l'importance du syllogisme, au détriment de la controverse, des canons de la *disputatio* et de la rhétorique ; une certaine baisse de l'attention, chez les juristes, pour le syllogisme, s'explique par l'influence de ses idées ; Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, coll. Méthodes du droit, 2ème éd., Paris : Dalloz, 1979, dans les premières pages il passe très vite sur le syllogisme pour enchaîner avec « la nouvelle rhétorique », et il mentionne tout juste Aristote, dont il n'est plus beaucoup question ensuite. Cf. J. Stroux pense que « c'est moins la philosophie proprement dite que bien plutôt la grammaire et la rhétorique des Grecs, qui ont influencé la jurisprudence romaine » (C. Schmitt, *Ex captivitate salus. Expériences des années 1945-1947*, trad. A. Dorémus, coll. « Texte et commentaires », Paris : Vrin, 2003, p. 335). Le problème actuel de la méthode tient dans le lien du terme *disputatio* avec le syllogisme. 3° *Dialectique* (que l'on remplace parfois par *la logique*). Le syllogisme se situe au sein de celle-ci. M. Villey, *op. cit.*, p. 10, oppose logique formelle et dialectique, démonstration et invention (Car « alors que la science part de principes, la dialectique (cherche) des principes à partir des opinions »), mais ensuite il nuance son propos

yeux, pour laisser ouverte ne serait-ce que la possibilité de discerner au sein du corps des solutions consacrées en droit positif un régime du partage de l'indivision injuste, irrationnel et contre-nature en soi. Voilà tout ce qui est en cause, selon nous, avec la notion de fiction. Car notre conception de la fiction passe nécessairement par une *description critique* du droit positif - le droit français actuel relatif à l'indivision successorale, en l'occurrence.

**864.** **DESCRIPTION CRITIQUE DU DROIT POSITIF. —** Cette tâche présente deux aspects, l'un descriptif, l'autre critique. La part purement et simplement descriptive n'est d'ailleurs pas évidente, parce que le droit positif ne se présente pas tel un monolythe aux surfaces planes. Il est variable, dans le temps et d'un endroit à l'autre. Et puis quand bien même, certains points sont obscurs, et la solution ne se dégage alors que difficilement. Parfois le droit est incertain. Toujours est-il que nous avons pris en charge ce labeur de dépouillement et de mise en ordre, sachant qu'à l'heure où nous écrivions, la énième réforme du droit successoral était en cours d'examen devant le Parlement français et qu'elle vient d'être adoptée. Mais nous avons donc cherché, en outre et surtout, à donner à notre description du droit positif un tour critique. Ce point est absolument crucial de notre compréhension de la notion de fiction juridique et il convient que nous nous en expliquions.

---

(p. 13 : « Nous égarons-nous en parlant d'une seconde espèce de logique ? C'est possible. »). L. Hocine a toujours pris soin de distinguer *systématique* et *dialectique*, mais il en parlait vraiment comme des deux branches d'un même art, d'autant plus difficiles (mais néanmoins nécessaires) à distinguer qu'elles sont liées, cf. L. Hocine, *op. cit.* Il semble que c'est du sein de la dialectique qu'au cœur du Moyen-Age la science du droit est réapparue.

II

**865.** ***Auctoritas et potestas.*** — Tout est suspendu, peut-être, dès lors qu'il s'agit d'aborder l'étude du droit positif, à la conception que l'on se fait, en théorie du droit, de la distinction et des relations de l'*auctoritas* et de la *potestas*[8]. Une certaine façon de voir nous a été un fil rouge. Le partage entre description pure et critique nous semble pouvoir reposer, dans l'abord de toute solution, sur la distinction entre dispositif et motifs, qu'il est toujours de bonne

[8] Ce sont des concepts absolument prépondérant en Droit. En droit civil l'*auctoritas* se déploie d'un bout à l'autre de la matière, depuis le droit des incapacités jusqu'aux sûretés. *Augeo*, étymon du terme *auctoritas*, a donné par exemple *augment* et signifie quelque chose comme *croissance*. L'*auctor* apporte *un ajout* à quelque chose, il accroît par exemple la confiance que l'on peut avoir dans la validité d'une opération ou dans la parole de quelqu'un, dans la mesure où il s'en porte d'une manière ou d'une autre le garant. La notion d'*auctoritas* est attestée aussi haut que l'on remonte dans le passé de la science romaine du Droit. A. Magdelain a dit de l'*auctoritas* qu'elle était *une idée mère* de la pensée romaine (A. Magdelain, *Ius, Imperium, Auctoritas*. *Etudes de droit romain*, coll. de l'Ecole française de Rome, n°133, Paris : diff. De Boccard, 1990, p 685). Cf. M. Villey, *op. cit.*, n°244, p. 225 ; B. Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, trad. J. Ménard, coll. Léviathan, Paris : Puf, 1993, p. 48 (référence à l'introduction de la *Distinctio* 20 du *Decretum Gratiani*), v. également pp. 64, 67, 69 et 71. La distinction des fonctions d'*auctoritas* et de *potestas* devient une évidence lorsque des personnes ou des instances l'illustrent clairement, par leur séparation visible. La difficulté de la concevoir serait historique et tiendrait à l'évolution de l'Etat dans son rapport à l'Eglise (C. Schmitt, *Théologie politique*, trad. J.-L. Schlegel, coll. Bibliothèque des sciences humaines, Paris : Gallimard, 1988, pp. 164-165). A. d'Ors a donné un exemple à notre avis on ne peut mieux trouvé d'un *auctor* incontestablement dénué de la moindre *potestas*. L'étudiant qui prend à son tour la parole dans la délibération et donne une réponse à la question posée, relativement à un cas, par son enseignant, rend, comme le ferait un juge, une sentence : mais cette dernière n'aura aucune conséquence sociale immédiate, comme en aurait celle d'un juge ou d'un arbitre, précisément parce que l'étudiant est dénué de toute *potestas*. V. A. d'Ors, « Principes pour une théorie réaliste du droit », *Revue de la recherche juridique*, 1981, n°3, p. 369, spéc. pp. 373-376, 387 et « Le droit ? Tout ce qu'approuvent les juges », *Droit. Revue française de théorie juridique*, 1989, p. 51 et *Une introduction à l'étude du droit*, trad. A. Sériaux, Aix en Provence : PU d'Aix-Marseille, 1990 (2ème éd. 2001), spéc. n° 3, 6, 7, 12 et 24. Les enseignants exercent et examinent ainsi l'intelligence de leur auditoire depuis longtemps déjà : pour un témoignage qui remonte à l'époque tout juste antérieure à la renaissance du droit romain au moyen âge, cf. Pierre Damien, *Seul et ensemble*, Opuscule 11, trad. L.-A. Lassus, PL 145 231-252, n°2, p. 18 ; F. C. von Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen-Age*, Paris, 1839, vol. 2, p. 390 - l'idée fait son chemin que lors de ce type d'exercice ce n'est pas l'étudiant qui joue au juge (ce que dit J. Carbonnier, « La justice saisie par son ombre », dans *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6ème éd., Paris : LGDJ, 1988, p. 334.), mais que c'est plutôt le juge qui, soumis à la procédure savante, joue au docteur (cf. P. Legendre, *op.cit.*, p. 111 et l'ouvrage récent sur la logique, B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, coll. « Penser le droit », Bruxelles : Bruylant-LGDJ, 2005, pp. 212-213).

méthode d'opérer soigneusement. La solution d'un juge, en tant que revêtue de l'*exequatur*, est l'œuvre propre, caractéristique et exclusive de la *potestas*. Mais ce n'est jamais que sous l'aspect de son dispositif qu'elle s'impose à tous, échappe aux critiques de l'*auctoritas* et ne demande qu'à être purement et simplement décrite par elle. Si l'on considère ses motifs, en revanche, c'est l'inverse, et il doivent être critiqués[9].

**866.** ***Auctoritas* et motifs. —** Etablir les fondements d'une décision et se soucier de la rationnalité de ses motifs ne nous parait pas relever de la *potestas*, mais spécifiquement de l'ordre de l'*auctoritas*, qui consiste à analyser les choses de manière scientifique. Au passage remarquons, afin de nous faire bien comprendre, qu'en réalité, que ce soit à l'Ecole ou au Palais, le procédé véritablement scientifique c'est d'aller de la conclusion à ses prémisses. C'est lorsque le cas est tranché et que la décision est d'ores et déjà fermement prise[10], que l'on cherche le moyen de la justifier, au risque de la critiquer. Raisonner consiste à revenir en quelque sorte sur ses pas, à retracer et à vérifier le cheminement d'une pensée, quitte à renoncer ou à critiquer la solution initialement envisagée. Et le moment crucial de l'activité scientifique nous semble bien moins tenir en vérité dans la perception d'une solution que dans

[9] Contrairement à une erreur qui s'enseigne parfois (R. Mendegris, *Le commentaire d'arrêt en droit privé*, coll. Méthodes du droit, 2ème éd., Paris : Dalloz, 1983, pp. 44 et s.), dans une décision de justice, la conclusion du syllogisme n'appartient pas au dispositif, mais bien aux motifs.

[10] Souvent, après avoir pris connaissance du problème, la solution s'impose soudainement, comme par brusque subsomption de la règle de droit au cas en question ; cf. J. C. Hutcheson Jr, « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », trad. G. Marty, *Mélanges Gény*, Paris : Sirey, 1935, t.2, spéc. pp. 531-551 ; M. Villey, *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets de Michel Villey*, Paris : Puf, 1995, XX-42 ("la solution est sue d'avance par l'autorité et une intuition"), XIX-53).

celui du regard critique dont elle fait l'objet rétrospectivement[11]. Aussi, un juge fait spécifiquement œuvre d'*auctoritas* lorsqu'il aborde la rédaction des motifs. Bien fondée, sa décision ne sera plus seulement valide formellement (en tant qu'elle émane du pouvoir compétent), mais encore au regard de son aspect matériel.

**867.** ***Auctoritas* ET DISPOSITIF. —** Puisque gouverner (au sens large : juger aussi) exige une *potestas* dont l'étudiant ou la doctrine en général sont démunis, la solution que dégage un auteur n'est pas directement dotée de la force exécutoire. L'*auctor* peut tout juste conseiller une solution, sans lier la *potestas*[12]. Il peut aussi approuver une solution, comme il peut la condamner et en critiquer les fondements en raison, mais sans que le droit positif n'en cesse d'être ce qu'il est. Parce que la critique dirigée à l'encontre du droit positif ne l'atteint pas dans l'aspect *formel* de sa validité. Sauf à manifester une surprenante *potestas*, il ne

[11] Le fait est banal d'une décision qui *en réalité* n'était pas inspirée d'une considération savante (nous ne nions pas le fait, avéré – cf. M. Radin, « La censure des coutumes » [texte écrit en français par l'auteur], *Mélanges Gény*, t.1, p. 95 : « C'est dans leur cœur que les juges cachent, pour la plupart, la source de leurs décisions. ») ; J. C. Hutcheson Jr, *op. cit.*, qui cite Cornil et Caedozo ; O. Cayla, *op. cit.*, p. 9 : « la solution d'un cas est le plus souvent, pour des raisons de bonne « politique » jurisprudentielle, arrêtée d'avance, quitte à se préoccuper après coup seulement de la qualification des faits qui s'ajuste le mieux au résultat souhaité » - cf. J. C. Hutcheson jr, *op. cit.*, p. 546, la citation de M. Radin) ; cela n'interdit pas à la doctrine de lui supposer un motif. D'une certaine manière, que l'avis d'un magistrat soit obscur ou erroné n'interdit pas que par le fait même de trancher il fait, même à son corps défendant, œuvre doctrinale. Indépendamment d'un dispositif qui tombe juste, un motif explicite qui émane d'un magistrat qui s'est fait, selon l'expression, sa religion, doit être critiqué. Deux motifs, l'un faux, l'autre juste, peuvent fonder le même dispositif ; c'est ce que montre la technique de la substitution de motifs. L'on parvient ainsi à instituer juridiquement, c'est-à-dire à donner de justes *motifs* à la réponse qui tranche le cas. Autrement dit, l'*auctoritas* fait œuvre d'interprète en dévoilant, *a posteriori*, le fondement des sentences.

[12] Le partage des tâches n'est pas tel que la *potestas* n'aurait plus qu'à imposer l'*exequatur* à des décisions. Dans un contexte procédural, l'*auctor* est ce savant qui répond aux questions à lui adressées par plaideurs et magistrats. Il doit principalement indiquer la voie à suivre et donner les formules verbales à prononcer pour l'efficacité du résultat. La séparation des fonctions pourrait bien prendre son origine dans le cadre du procès romain (A. Sériaux, Présentation de A. d'Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, Aix en Provence : Pu d'Aix-Marseille, 1991, pp. 8-9 — propos qui ne figurent plus dans la 2ème éd. de 2001).

saurait être question, pour un étudiant, d'invalider ou d'affaiblir dans son effectivité, au nom d'une conception doctrinale jugée par lui contraire, le droit positif. Une opinion doctrinale critique du droit positif est donc par principe limitée aux motifs, et n'empiète en rien - serait-ce par ce biais[13]— sur le dispositif des solutions positives qui, pour être infondées en raison, n'en cessent pas moins d'être obligatoires[14].

**868.** LIBERTE DE LA DOCTRINE. — C'est pour sa dimension d'*auctoritas* qu'une sentence judiciaire est, pour la doctrine, objet d'étude et de critique[15]. Elle est considérée, au regard de la science, exactement comme le serait n'importe quelle opinion doctrinale — fusse celle d'un étudiant. Une certaine conception, légaliste et positiviste, sur laquelle nous reviendrons, tend à confondre les deux rôles au bénéfice de l'*imperium*. Mais pour le courant que nous défendons, la doctrine ne doit pas se croire liée par l'*auctoritas* du juge. D'ailleurs, les cas qui nous ont retenus étant complexes de nature, il faut bien admettre que les solutions qui leur sont données, d'être consacrées en droit positif, n'en perdent pas, par cela, seul leur caractère dubitatif, discutable et incertain.

[13] Encore le point est-il discutable (obéissance et *potestas indirecta*).
[14] La question de l'obéissance est évidemment le nœud du problème. Nous n'aborderons pas la question de l'obéissance qui relève de la philosophie du Droit et qui nous éloignerait de celle que nous souhaitons traiter. Peut-être la doctrine que nous critiquons aurait-elle tendance à dire qu'il ne faut pas obéir au pouvoir s'il a tort, mais pour ajouter aussitôt que le pouvoir a toujours raison, ou qu'il n'appartient pas à n'importe qui d'en juger (d'où le *quis judicabit ?* lancé, sauf erreur, par Spinoza). Pour d'autres doctrines, l'obéissance et la raison sont deux questions distinctes. Celle de l'obéissance ne se pose pas pour qui croit qu'il ne faut jamais obéir au pouvoir, qu'il ait tort ou raison.
[15] Il en va, pour une loi, de même que pour une sentence, lorsqu'elle tranche un cas.

III

**869.** SYLLOGISME. PROPOSITION MAJEURE : REGIME JURIDIQUE SPECIFIQUE DE LA NOTION DE PERSONNE. — Notre critique du droit positif se présente selon un syllogisme dont voici les prémisses[16]. En ce qui concerne la majeure, notre propos est le suivant : les énigmes de la matière, surgies, par exemple, en l'occurrence de la liquidation des biens indivis, mélent de manière complexe les notions de la propriété des biens et de l'obligation entre personnes : notre analyse est que le législateur ou le juge sortent parfois de l'écheveau d'une complexité impressionnante que présentent ces situations en opérant comme s'ils ajoutaient un propriétaire, un créancier ou un débiteur au cas, ce qui le résout aussitôt très aisément. Notre recherche visait à dégager les solutions qui ne peuvent s'expliquer autrement. Dans la mesure où les questions et les difficultés qui ont normalement lieu d'être, ne s'expliquent plus dans le cas de la présence d'une personne supplémentaire dont il s'agirait, par exemple, de régler les dettes, les solutions positives en cause sont, à notre sens, l'application des règles de droit naturellement et spécifiquement attachées à la notion de personne. En bref, en bien des cas les solutions adoptées en droit positif dans cette casuistique de

[16] Il suffit au juriste une connaissance rudimentaire de l'ancienne logique qu'Aristote le premier, dit-on, exposa au regard des hommes (la théorie du syllogisme est au début des *Iers Analytiques*). Le raisonnement syllogistique comprend les termes mineur (*Socrate*), moyen (*homme*) et majeur (*mortel*), qui entrent deux à deux dans la composition de quatre propositions successives : à la question, composée des termes mineur et majeur (*Socrate est-il mortel?*), la conclusion, composée des mêmes termes, sera négative ou affirmative (*Socrate est* ou n'est pas *mortel*), en fonction des deux prémisses sur lesquels elle se fonde : la prémisse majeure, composée des termes *moyen* et majeur (*tout homme est mortel*), et la prémisse mineure, composée des termes mineur et *moyen* (*Socrate est un homme*).

l'indivision successorale appartiennent spécifiquement au *régime* juridique de la *notion* de personne[17], entendue comme propriétaire, créancier ou débiteur[18].

**870.** **PROPOSITION MINEURE : NON QUALIFICATION DE L'INDIVISION. —** La mineure de notre raisonnement est que la qualification juridique[19] n'autorise pas la subsomption du cas particulier de la liquidation d'une indivision aux règles générales du cas de la liquidation des biens, des créances et des dettes d'une

[17] *Notion et régime juridique* sont les pièces essentielles de l'ordonnancement juridique, auquel traditionnellement travaillent d'abord les juristes. L'on parle de régime juridique pour désigner l'ensemble, le *corpus*, l'agrégat ou, comme le disait en une formule seyante le doyen Roubier, le "faisceau" de règles et de solutions spécifiquement rattachées à une même notion (P. Roubier, *op. cit.*, p. 10). Lorsque l'on tient la notion et la règle qui lui est corrélative, l'on a achevé d'édifier, selon le mot du doyen Roubier, cette "manifestation d'ordre" qui "émergera du chaos de la vie sociale" (*ibid.*, p. 11 ; P. Roubier cite F. Gény, *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique,Paris : L. Tenin, 1921*, § 213, p. 167). Cf. L. Hocine, *La consultation et la logique juridique en droit privé par la méthode et l'exemple*, *op. cit.*, pp. 12-14 et J.-L.Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *Rtd civ* 1984 et cf. *Méthodologie juridique*, Paris : Puf, 2001, chap. 2. La *disposition positive* étudiée, loi ou sentence, qui tranche et règle un cas difficile, étant censée, dans le raisonnement qui la fonde, découler de l'application d'une règle de droit, ne peut être prise en tant que règle de droit dans ce raisonnement. Elle se situe donc au plan du cas d'espèce, et, dans le syllogisme, en position de *conclusion*… remise en cause pour poser, comme l'on dit dans les écoles, le problème juridique, comme si l'on rouvrait la question. Dans notre perspective, ce n'est pas au législateur de fixer le régime juridique de la notion (*contra* L. Hocine, *op. cit.*, n°17, p. 12) ; dans les cas difficiles, le législateur est en position d'interprète et la législation n'est qu'une interprétation (cf. *D.* 50, 16, 1 [Paulus, lib. 16 *ad Plautium*] : *Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat* : le *jus* – l'application du droit ou la sentence [comme le traduit M. Villey] - ne sort pas de la règle, c'est la règle [construction doctrinale, ainsi que l'ajoute M. Villey] qui peut être faite d'après le *jus* (je remercie V. pour son aide dans la traduction). Tel est, sous le nom « d'élément sémantique », le critère distinctif, que recherche G. Cornu, *Vocab.*, préface p. 9, entre les *notions juridiques*, que la doctrine doit définir, et, selon le mot de cet auteur, « l'immense réserve » ou « le chaos » de ce à quoi « le Droit attache des effets » ou qu'il «dot d'effets de droit » . La recherche porte donc sur la véritable règle de droit, celle qui résout un cas général, et celle-ci est en partie supposée dans la conclusion.

[18] Nous avons eu maintes occasions d'énoncer cette définition de la personne. Elle était clairement reconnue comme romaine par R. Saleilles, « Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke (Festshrift für O. Gierke),* Weimar, 1911, p. 1018 : la personne « visait l'individu, mais envisagé sous un certain angle, en tant que sujet de droits, considéré par conséquent sous le rapport de ses droits et de ses obligations. »

[19] Sur cette opération, L. Hocine, *op. cit.*, n°21, p. 15 ; J.-L. Bergel, *op. cit.*, n°10, p. 263 (la déduction descendante).

personne[20]. En effet, d'un côté la notion de personne se définit comme l'*homme* (*personna, id est homo* : la personne, c'est l'homme)[21] ; de l'autre, selon un cadre d'analyse classique — et abstraction faite de toute construction doctrinale *a posteriori*, ce dont nous allons parler — les seules personnes en cause sont les indivisaires eux-mêmes. L'indivision, la communauté des indivisaires ou la masse indivise ne sont certainement pas des êtres humains. Nous ne pensons donc évidemment pas que l'indivision soit *naturellement* une personne. Tout au contraire, car l'affirmation de sa personnalité fictive suppose la négation de sa personnalité naturelle.

**871.** CONCLUSION. CRITIQUE DU DROIT POSITIF. — Nous en concluons, dès lors que le régime spécifique de la notion de personne n'est pas le régime naturel de la situation d'indivision successorale[22], qu'en adoptant des dispositions spécifiques de la personnalité juridique, le législateur ou le juge écartent la règle conforme à la nature de l'indivision successorale. Le fondement du droit positif nous semble,

[20] Sur le procédé en général, V. P. Roubier, *op. cit.*, pp. 10-18 et 10-12 pour les catégories juridiques (au sujet desquelles, il cite, p. 10, F. Gény, *op. cit.*, § 207, p. 123, mais il ne m'a pas semblé que Gény, pardon pour sa mémoire, ait eu, sur le sujet, la vue aussi claire que Roubier) ; L. Hocine, *op. cit.*, n°17-19, pp. 12-14, ainsi que *La dissertation et la logique juridique en droit privé par la méthode et l'exemple*,Grenoble, 1983, n°3, pp. 2-3 ; J.-L. Bergel, *op. cit.*, spéc. pp. 258-260 et p. 260, l'idée selon laquelle les pénalistes seraient, grâce au principe de légalité, coutumiers du procédé. Mais c'est en droit international privé que le syllogisme accède au niveau de question matérielle ; v. B. Audit, « Qualification et droit international privé », *Droits*, 18 (1993), p. 59 ; H. Battifol, *Droit international privé*, 5ème éd., Paris : LGDJ, 1971, t.2; Bartin, sur Aubry et Rau. V. G. Cornu, *op. cit.*, v° *Qualification*, qui emploi le terme de rattachement.

[21] Cf. *supra* n°56.

[22] L'enjeu de la qualification est crucial pour le droit positif. Celle-ci permet de discerner, pour l'institution de l'indivision successorale, un régime juridique qui ne serait idéalement constitué, pour l'ensemble des cas qui se présentent, que de solutions justes et vraies du point de vue logique. Cela formerait un régime que l'on peut dire *naturel*, en tant que commandé par la nature de l'institution. C'est ainsi que nous comprenons l'idée de droit naturel.

en de tels cas, critiquable[23]. Nos développements avaient pour seul objet d'identifier ces cas, soulevés par la liquidation et le partage de l'indivision, dont la résolution, en législation, en jurisprudence et en doctrine, est commandée par la notion juridique de *personne*.

**872.** **DEFINITION DE LA FICTION JURIDIQUE. —** Seule la présence d'une personne réelle serait, en toute rigueur, à même de justifier cette partie du droit positif qui suppose un propriétaire, un créancier ou un débiteur. C'est précisément dans cette hypothèse - lorsque l'on applique en droit positif la règle de droit spécifiquement attachée à une notion juridique, tout en sachant que la qualification juridique n'est pas possible - qu'il y a, selon nous, fiction juridique. Suivant les termes de sa définition médiévale, la fiction juridique consiste dans l'*assomption* au rang de vérité d'une chose dont on sait avec certitude qu'elle lui est contraire[24]. La fiction consiste bel et bien, en qualifiant quelque chose

[23] Entre le corps des solutions *naturellement* et spécifiquement attachées à l'indivision successorale, qui sont systématiquement développées dans cette thèse, et celui des solutions que promeuvent les partisans de la Propriété collective, le droit positif peut apparaître effectivement, aux yeux des deux courants doctrinaux adverses, comme tiraillé. Mais si progresser signifie encore s'approcher de la Raison, tout changement législatif et tout revirement jurisprudentiel ne constituent pas un progrès par cela seul que les choses sont en mouvement. Une authentique *reformatio* consisterait à conformer, autant que possible, le droit positif au droit naturel (cf. *supra* n°235). Du point de vue du droit naturel, le droit positif, depuis des décennies, sous les façades de la réforme, est en *régression*. La doctrine que nous défendons ne peut qu'accentuer sa critique à mesure que le droit positif s'éloigne du droit naturel.

[24] Définition qui se trouve chez Bartole, et de manière plus synthétique chez Cynus de Pistoie, à qui Bartole l'a empruntée. Cinus de Pistoia, sur C.J. 4, 19, 16 : « *in re certa contrariae veritatis pro veritate assumptio* [tenir pour vraie une chose certainement contraire à la vérité] » (cité par Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits* n° 21-22, 1995, pp. 17-63). Bartole, n° 21 ad D. 41.3.15, « *fictio est in re certa* eius quod est possibile *contra veritatem pro veritate* a iure facta *assumptio* » (Dictionnaire [d'aiguille ?], v° *Fiction*. A noter ce curieux adage de la *common law* : *fictio est contra veritatem sed pro veritate habetur* ; ce qui, l'axe demeurant le *pro veritate*, substituant le *habetur* à l'*assumptio*, place la fiction à la place du *res judicata* qui a cours sur le continent (selon l'adage connu *res judicata pro veritate accipitur* — ou *habetur*). La fiction juridique serait née de l'influence du principe de droit sacré *simulata pro veris accipiuntur*, M. Weber, *Sociologie du droit*, coll. Recherches Politiques, Paris : PUF, 1986, p. 154, qui se réfère à Demelius.

(comme l'indivision), à faire d'une notion (comme la personne) un usage contraire à la vérité[25]. Désormais nous pouvons préciser notre formule de départ : au travers du corps de solutions purement positives que nous avons cherché à dégager dans nos développements, le droit français actuel érige l'indivision successorale en une *persona ficta*, dont l'existence ne tient qu'à lui[26].

IV

**873.** **DEPENDANCE DU RAISONNEMENT DE LA DEFINITION DE LA NOTION.** — Les fondements de cette conception, néanmoins, sont fragiles, et elle a des chances de demeurer obscure à beaucoup. Car tout le raisonnement logique, sur lequel elle repose, dépend à son tour de la définition de la notion — de personne, en l'occurence. Qualification et règle, en définitive, sont suspendues à cette définition. Or, celle-ci est toujours discutable[27]. Une saine logique consiste certes à donner à la chose la qualification conforme à sa nature (*natura rei*). Mais il ne

[25] L'on peut aussi considérer que, dans les cas de fiction, la qualification est respectée, mais que c'est la règle de droit, le principe, qui reçoit une *exception*. La fiction juridique a, pour nous, le même sens que le *cas d'exception* (cf. C. Schmitt, *Théologie politique*, coll. « Bibliothèqe des sciences humaines », Paris : Gallimard, 1988, avec la citation de Kierkegaard que par erreur l'on attribue parfois à Schmitt). Cela confirme qu'en de telles occurrences l'élément *potestas* est autonome au regard de l'*auctoritas*.

[26] Tout cela n'aurait d'importance que théorique lorsque cela ne changerait rien en fait. Et lorsque les débiteurs ont les moyens de payer, personne ne se plaint ; il n'y a pas de contentieux pour l'amour de l'art juridique. C'est en cas de difficulté de paiement que la fiction se découvre être, dans le fond, aux yeux de celui qu'elle prive des droits que lui reconnaissait la dogmatique sur le fondement de la nature du droit de propriété et de l'obligation, une sorte d'entreprise *frauduleuse*. *Fictio legis neminem laedit, nemine operatur damnum vel injuriam* dit un Adage de la *Common law* (cité par A. Sériaux, *Le Droit. Une introduction*, Paris : Ellipses, 1997, n°233, p. 227). La personnalité juridique agit trop souvent comme un épouvantail à moineaux (*un mannequin empaillé*, ainsi que l'appelait Ihering). L'effort conduit pour dévoiler la fiction est exactement du type de celui qu'un juge dépense lorsque, démasquant, par exemple, un homme de paille, il démonte une fraude.

[27] C. Atias, *Epistémologie juridique*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1985, l'édition récente, sous le même titre, chez le même éditeur, pp. 265-266, « Le mythe conceptuel » (fragilité des justifications fondées sur des notions vulnérables).

s’agit pas d’enchaîner les catégories les unes aux autres et d’imaginer qu’elles sont figées en une arborescence architectonique qui ferait penser aux classifications des botanistes[28]. L’on aurait raison ici de critiquer une certaine dérive formaliste de la doctrine juridique. Et l’on comprend que la discipline du droit fasse parfois simplement figure de *dogmatique*[29]. Et pour bien comprendre ce point, il faut encore préciser que les catégories sur lesquelles repose un jugement logique sont œuvre doctrinale, et ne cessent d’être discutées. En réalité l’édifice des catégories est variable selon le contexte et potentiellement remis en question en chaque cas[30]. Une classification ne vaut rien en dehors de son contexte casuistique. En vérité, les juristes sont gardiens des notions juridiques et maîtres absolus de l’emploi des noms des choses. Dès lors qu’un terme occupe, dans le raisonnement, la fonction de notion juridique, sa définition concerne le Droit. La dispute peut donc légitimement s’orienter sur la définition, véritable

[28] Cf. E. Picard, *Le droit pur*, coll. Bibliothèque de philosophie scientifique, Paris : Flammarion, 1908 ; Ch. Langdell, *A summary of the law contracts*, Littleton, Colo. : F. B. Rothman, 1980 ; G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris : LGDJ, 1949 (promenades naturalistes et classifications élémentaires) ; L. Hocine, *La dissertation et la logique juridique en droit privé par la méthode et l’exemple*, Grenoble, 1983, n°8, pp. 2 et 3, définition de la systématique comme « l’art du classement des notions, des concepts ou mêmes des règles, en bref des catégories du droit » (*id.* dans *La consultation et la logique juridique en droit privé par la méthode et l’exemple*, Grenoble, 1983, n°7, p. 6). Cf. Arbre de Porphyre.
[29] L. Josserand (3ème éd., Paris : Sirey, 1940) a lancé le terme dans l’intention de dénigrer le courant des juristes classiques. Mais précisément, la racine grecque du mot signifie *opinion*, ce qui indique parfaitement le contexte dans lequel nous nous situons, qui est celui de la discussion Si la dogmatique évoque l’inquisition c’est parce que celle-ci est une procédure destinée à faire éclore la vérité, et que précisément la dispute scolastique est une discussion ordonnée qui fait penser à un procès.
[30] Cf. J.-L. Bergel, «Différence de nature (égale) différence de régime», rtd civ 1984.

clé de voûte de tout le raisonnement, sur la justesse de laquelle tout entier il repose[31].

**874.** **DEFINITION NATURELLE DE LA PERSONNE. —** Notre conclusion se fonde sur une définition naturelle de la personne, sur une acception du terme qui n'est pas seulement l'acception la plus propre au droit civil, mais aussi, et, selon nous, par là même, la plus naturelle[32]. Nous pensons que dans nos cultures de tradition romaine, la définition commune des termes se trouve souvent être précisément leur définition juridique[33]. C'est une erreur d'opposer systématiquement le

[31] Il ne s'agit donc pas d'oublier que toute critique dirigée contre le droit positif est faite sous réserve d'erreur, et compte tenu d'un désaccord au sein d'une même doctrine. La doctrine juridique vit précisément grâce à la contradiction.

[32] Nous la disons commune en ceci qu'elle est la plus naturelle et la plus attendue. Et aussi la plus évidente pour le non-spécialiste. Dans le fond, c'est encore à cette idée que s'accrochent certains qui ne veulent pas voir que les théories qu'ils adoptent la contredisent.

[33] Le droit civil est source de sens. Après l'école historique du Droit (J. Berriat Saint-Prix en France, Savigny, puis les frères Grimm, en Allemagne), et plus encore depuis les travaux de J. Goody, l'on a maintenant bien noté que le Droit avait partie liée avec le langage (cf. le mot du doyen Cornu, à propos de la communauté) ; langage oral, déjà, certes, mais surtout écrit. Le langage juridique n'est donc pas un langage technique, mais la source, le foyer et la référence du langage vulgaire, qui dérive en partie de lui (E.P. Haba, « Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langue », *APD* 1974-19 *Le langage du droit*, p. 264). Ce lien du droit au langage (cf. Aristote, *La politique*, trad. J. Aubonnet, Paris : Les belles lettres, 1960-1989, I, 2, 1253 a) tient à sa proximité avec le conflit ; le langage, et un langage précis, ne nous étant pas tant utile pour exprimer l'entente avec nos semblables que pour articuler nos conflits (cf. Aristote, *op. cit.*). Ce qui m'a fait penser et dire un jour que sans un langage institué la terre ne serait rien d'autre qu'un bain de sang.

langage juridique au langage vulgaire[34]. Tel est le fil d'Ariane qui nous a permis de nous diriger. Nous avons adopté cette réalité selon laquelle *la personne, c'est l'homme*, c'est l'être humain vivant. Et il ne nous semble pas contraire à la vérité de considérer que l'être humain est seul à pouvoir être propriétaire, débiteur et créancier. C'est cette définition de la personne qu'il s'agit de rétablir et de maintenir. Si, comme nous l'avons dit, l'affirmation de la personnalité fictive de l'indivision suppose la négation de sa personnalité naturelle, la condition, pour faire la part du naturel et du fictif, c'est de maintenir une certaine compréhension du sens du terme de personne qui fasse référence à la nature des choses. La personnalité juridique n'est pas une fiction en soi. Si tout est fiction il n'y a plus de fiction[35]. Nous pensons nécessaire de maintenir une définition de la notion

[34] Certains cultivent peut-être encore l'idéal de la langue parfaite, naïvement compris à la lettre, comme le pauvre doyen Gény, *op. cit.*, t.3, n°257 (extrait donné à commenter par F. Terré pour une conférence d'agrégation), avec citation de H. Sumner Maine ; G. Ripert, *Le déclin du droit, op. cit.*, (« les juristes entretiennent une singulière confusion des idées, par l'insuffisance de leur vocabulaire », ou M. Villey (voir le but, relatif au langage, qu'il se fixe dans *Philosophie du droit, I, définitions et fins du droit, coll. Précis Dalloz, Paris : Dalloz, 1975*, n°4, pp. 7 et 8 et n°14 p. 27). Le droit userait alors de termes pris du langage commun, et déformés pour les besoins de la précision technique (E.P. Haba, *op. cit.*, p. 264 ; Y. Thomas, « La langue du droit romain », *APD* 1974-19, Problèmes et méthodes, p. 108). Mais les termes juridiques ne désignent pas des choses réelles et extérieures sur lesquelles on puisse s'accorder comme en physique, en chimie, en médecine ou en botanique. (Les juristes n'ont cessé de clamer que la source du sens n'était pas dans la lettre des termes [Louet, *Recueil d'arrêts*, 1742, t.2, p. 491 : « Qu'il ne faut pas toûjours s'attacher aux mots, pour faire une bonne Jurisprudence, il faut pénétrer plus avant que l'écorce et la surface, & venir au sens, qui est l'ame, l'esprit & la moelle de la loi. »] et que malheureusement pour le rêve de clarté il arrivait qu'un même mot exprime à lui seul des choses diverses, J. Berriat Saint-Prix, *Cours de procédure civile*, Paris : Nève, 1813 : « On observe souvent dans la langue du droit, comme dans la langue ordinaire, des termes qui ont plusieurs acceptions différentes ; il importe de les bien distinguer, parce que la loi emploi souvent ces termes, sans indiquer dans quel sens ») Pour le droit la solution est ailleurs. F. C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris : Puf, 2006, pp. 127-128 (la parabole). La casuistique.

[35] Il en va pour le droit ainsi que Brecht le concevait pour le théâtre : il faut qu'à de certains tournants de la représentation la mise en scène montre, et que le spectateur perçoive un *jeu* (la distanciation) entre l'acteur et son personnage. *Contra*, M. Weber, *op. cit.*, p.88 (encore le passage est-il ambiguë) et pp. 146-147 ; cf. H.Kelsen, *Théorie pure du droit*, adapté de l'allemand par H. Thévenaz, 2ème éd., Neuchâtel : La Baconnière, Etre et penser, cahiers de philosophie, 1988, p. 115 (qui écrit, avec la légèreté que nous lui connaissons, sur « la doctrine juridique traditionnelle »).

juridique qui face référence à la réalité plutôt qu'à l'arbitraire du pouvoir en place.

**875.** **TRIPARTITION DE LA DOCTRINE. —** Mais une dimension politique vient compliquer les choses. Car notre conception de la fiction passe nécessairement, nous l'avons dit, par une description *critique* du droit positif - le droit français actuel relatif à l'indivision successorale, en l'occurrence. Or, avec la critique effective du droit positif, nous touchons à une pomme de discorde majeure au sein de la doctrine juridique traditionnelle. Nos développements nous ont permis de discerner, *au plan matériel*, trois courants doctrinaux, dont l'un, le courant germaniste, s'oppose nettement aux deux autres, que nous avons appellés classiques. Chaque courant développe, en particulier, sa conception du partage[36]. Au plan formel, qui maintenant nous retient, c'est-à-dire relativement aux conceptions de la science du droit et aux places respectives de celle-ci et du droit positif, il est possible, également, de distinguer trois courants[37]. Le courant des germanistes se détache de nouveau très nettement, en ce qu'il rejete tout le cadre classique de la logique, qu'il désigne comme science du droit dogmatique[38]. Au

[36] C'est le courant germaniste qui a infléchi le droit positif de l'indivision. Depuis la seconde moitié du XIX[ème] siècle, le législateur français n'a cessé d'être influencé par la doctrine germaniste de la Propriété collective, et sur de nombreux points le droit positif a été modifié en conséquence.
[37] Sur la manière d'entendre ces courants, cf. *supra* note 9 sous n°4. Au sujet de la distinction de l'aspect matériel et de l'aspect formel : M. Weber, *op. cit.*, p. 42, spéc.ch. 4 « Les types de pensée juridique et les notables de la robe », p. 142 sq.
[38] Aucun des trois courants que nous envisageons ne nous semble relever du positivisme et s'écarter de ce que Kelsen nommait « la science traditionnelle du droit », le « Jusnaturalisme ». Cf. la distinction entre divers positivismes que fait Ph. Jestaz, « Une question d'épistémologie », *Rtd civ* 2001, pp.547-557. Comp. l'une de ces listes, dont N. Bobbio avait le secret : positivisme méthodologique, idéologique, etc.

sein de ce dernier courant doctrinal, que les Germanistes perçoivent ainsi confusément, nous discernerons de nouveau en vérité *deux* courants, mais ceux-ci ne coïncident pas nécessairement avec les courants classiques que nous avons distingués, au plan matériel. Quoique d'accord pour situer le droit sur le terrain de l'analyse logique (c'est ce qui fonde leur commune opposition au courant germaniste), les deux partis nous semblent s'opposer relativement à l'usage qu'il convient d'en faire. L'attitude que nous critiquons nous semble relever d'un courant fort ancien dont Capiton et Bulgare sont les figures les plus représentatives[39]. La discorde entre cette doctrine critique du droit positif, que nous défendons, et le courant doctrinal que nous allons maintenant décrire, tient fondamentalement au légalisme de ce dernier.

**876.** **LE LEGALISME. —** Tandis que selon la conception du droit à laquelle nous adhérons, la vérité n'est pas forcément servie par le pouvoir, pas plus que n'est forcée, nécessaire, ni même encore en tous les cas opportune et souhaitable la coïncidence entre les solutions que dégage le raisonnement logique et celles que décide le pouvoir, le courant légaliste n'admet pas que le droit positif puisse, sur l'un ou l'autre point, s'éloigner de la vérité. Le législateur ou le juge ne peuvent mal faire. Tout ce passe comme si le point où se situe le régime rationnel de

[39] Le souverain préférera toujours le discours savant qui justifie son action, parce que de critiquer la loi se traduit nécessairement par une perte de légitimité. Cf. J. Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Acte II, scène V (entre guillemets), cité par A. Sériaux, *Le Droit : une introduction*, Paris : Ellipses, 1997, n°159, p. 149, n° 159 : *Hector demande au juriste Busiris d'interpréter en faveur de la paix des faits en réalité belliqueux. Devant l'hésitation de ce dernier, Hector l'encourage* : « Mon cher Busiris, nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. »

l'indivision successorale était précisément toujours là-même où se trouvent le législateur, le juge, l'huissier ou le gendarme. Dans cette doctrine l'on ne dégage donc pas la solution juste indépendamment de celle qui est en vigueur, au risque de critiquer la solution positive. L'on cherche seulement le moyen de justifier cette dernière logiquement[40]. L'on rivalise donc d'ingéniosité pour fonder par induction le droit positif sur une base rationnelle et donner aux solutions positives le cadre qui traduise l'esprit du droit positif. Toute interprétation qui ne donne pas raison au législateur ou au juge est irréfragablement présumée dans l'erreur[41]. Tant que les difficultés qui se présentent ne sont pas tranchées en droit positif, ou dès lors que leurs solutions sont remises en cause, tout se passe comme si, dans les disputes doctrinales qui naissent, l'argument décisif était détenu par le pouvoir politique. Dans un tel système de pensée, la solution proposée par un auteur sera fausse de n'être finalement pas retenue par le juge, l'huissier ou le gendarme. Inversement, de ce que ses idées sont adoptées en droit positif, le même auteur y verra une consécration et la confirmation de leur

[40] Cf. le mot de Frédéric II. J'agis, mes légistes trouveront bien une raison.

[41] C'est bien ce qu'entend un auteur comme Capitant, par « fait » et par « rapports » et par « choses » lorsque, à propos de la prétendue introduction par Domat de la théorie de la cause en droit civil (!), il écrit (nous soulignons) : « Une construction théorique n'a chance d'être acceptée que si elle est fondée sur une juste observation des *faits* et sur une saine appréciation des *rapports* juridiques. Il ne dépend par d'un jurisconsulte, si grand, si renommé qu'il soit, d'introduire dans la technique du Droit des conceptions artificielles, ne correspondant par à la réalité des *choses*. » ; H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1926, Avant-propos, p. 11. Rappr. M. Planiol, sur la proposition d'en finir avec les constructions doctrinales (comme la personne fictive) et sur la nécessité de « partir de l'observation » (qui le conduit à la propriété collective), R. Saleilles, et sa notion de « réalité juridique » (« De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, vol. 10 (1910), p. 76), L. Duguit, avec son droit « objectif » (*Traité de droit constitutionnel*,3ème éd., Paris, 1927) et Ihering, enfin, lorsqu'il s'élève contre les constructions de cabinet (*La lutte pour le droit*, trad. de *Der Kampf um's Recht*, 9ème éd., Paris, 1890).

pertinence[42]. En outre, le courant légaliste est conservateur. Il est poussé à ne jamais rendre compte du droit positif qu'en des termes qui justifient et légitiment le *statu quo*. Sauf à se trahir, il n'encourage jamais ni l'entreprise ni la poursuite d'aucune réforme[43]. Il ne conçoit pas, contrairement tant au parti que nous défendons qu'à celui de la propriété collective, que le droit positif ait à être réformé. Néanmoins, en cas de réforme, il lui suffit d'abandonner les positions initialement élaborées, dès lors qu'elle sont contredites en droit positif. C'est donc à la doctrine d'ajuster son enseignement, comme si c'était elle, et non le droit positif, qui s'était déplacé[44]. Au lieu que ce soit à l'*auctoritas* de porter un jugement sur le droit positif, c'est, à l'inverse, au droit positif d'orienter le sort du conflit théorique. C'est la décision positive qui sert de référence "objective"

[42] Il se targuera même de les avoir généré lui-même en sous-main. Comme si d'exercer le pouvoir donnait au jurisconsulte un meilleur point de vue sur la raison législative. Comme si sa science, d'avoir pénétré dans la sphère de la *potestas*, tirait une autre force que celle qui lui vient de la reconnaissance de ses pairs.
[43] Il est vrai que, jouant à deux mains, certains auteurs peuvent pousser au changement en invoquant le système germanique, puis, la réforme acquise, se placer sur le terrain classique de la logique pour adapter les choses au nouvel état de fait.
[44] Cela est cohérent. De même que ce sera la terre ou le soleil qui tournera, selon que vous prendrez l'un ou l'autre comme centre du monde, lorsque vous fixez le point de référence du Droit rationnel à l'endroit où se tient la parole du souverain, il n'y a plus moyen de dire qu'elle est mobile.

pour apprécier l'explication doctrinale. Le droit positif paraît alors émaner d'un auteur doué d'une raison infaillible[45].

**877.** **DEFINITION ARTIFICIELLE DE LA PERSONNE. —** Et rien n'est plus facile que de donner systématiquement raison au législateur ou au juge[46]. Car toute décision peut laisser supposer logiquement, avec la notion juridique correspondante, d'une part la règle de droit, d'autre part la qualification juridique qui la justifierait. Il suffit, du droit positif, d'induire la *natura rei*. C'est un jeu d'enfant d'infléchir la compréhension d'une notion juridique pour, à l'instant, fonder en logique le droit positif. Ainsi, si l'on souhaite énoncer que l'ensemble des solutions qui constituent le régime juridique positif de l'indivision correspondent bien à sa nature, il suffit de postuler une définition *ad hoc* de la notion de

[45] C'est exactement de cette manière que jadis certains juristes croyaient que la Raison divine parlait par les *veteres* ou par les empereurs romains. Lorsque l'on se penche sur les rapports des juristes et de la loi il faut penser que longtemps le terme de *lege* était synonyme de droit romain. La croyance selon laquelle lorsqu'un romain parle c'est la Raison qui dicte a peut-être des origines antiques. Quoi qu'il en soit il est certain qu'au Moyen Age le renouveau des études juridiques dans un contexte dominé jusque là par la théologie pratique a conduit à élever les livres de droit romain au même rang que les Saintes Ecritures. L'on croyait que les *responsa* recueillies dans le *Digeste* avaient été dictées aux jurisconsultes par le Saint Esprit, se manifestant dans leurs réunions comme il se manifestait lors d'un concile (particulier ou général) ou d'un chapitre (monastique ou cathédral) : en effet, l'Esprit-Saint assiste aux assemblées, il guide la délibération et l'unanimité autour d'une opinion est le signe qu'il en est l'auteur ; B. Tierney, *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, coll. Léviathan, Paris :Puf, 1993, *passim* ; Y. Congar, *L'Eglise de Saint Augustin à l'époque moderne*, coll. Histoire des dogmes, Paris : Cerf, 1970, p. 260, « *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet* », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1958, pp. 219-259 ; R.G. Weakland, « L'Abbé dans une société démocratique », *Collectanea Cisterciensia*, 31 (1969), (L'Abbé aujourd'hui), p. 103 ; sur le lien entre inspiration divine et unanimité, v. L. Moulin, « Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes», *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1953, pp. 106-148 ; Y. Congar, *op. cit.*, p. 257. Sur le thème de l'inspiration, v. E. Kantorowicz, *Les deux corps du roi, essai sur la théologie politique au Moyen Age*, coll. Bibliothèque des histoires, Paris : Gallimard, 1989. En outre, les techniques d'interprétation des juristes et des théologiens étaient les mêmes. *Quaestio*. Le fait que Justinien ait prétendu mettre un terme aux controverses témoigne d'une conception pour le moins différente de la vie du droit. Les grands écrits du droit romain étaient pris pour l'incarnation de la Raison. Aujourd'hui c'est le droit positif qui est devenu, à la place du droit romain, la *Ratio scripta*. Ou, plus exactement, le droit positif est resté le même, mais il s'alimente à d'autres sources. Désormais c'est au magistrat, à l'huissier et au gendarme de dicter la vérité des choses du droit aux docteurs.

[46] Cf. *supra* n°235.

personne. Et de prétendre, inversement, que pour accéder à une compréhension juste des notions juridiques qui font le cœur de la logique du droit, il faudrait interpéter correctement ce droit positif. La question de fond est de savoir qui détient la clé de la définition des termes, et où exactement doit peser la contrainte de la *potestas*. Ce n'est donc pas sans raison, on le voit maintenant, que l'on critique la prétention des juristes à l'objectivité lorsqu'ils qualifient les choses. Cette doctrine, que nous critiquons, bâtit les motifs en fonction du dispositif[47]. Cela se traduit par une dénaturation et une déformation des notions juridiques, dont la compréhension se trouve obscurcie.

V

Dans l'ombre jetée sur la notion de personne, nous distinguerons un obscurcissement mineur, et un obscurcissement majeur.

[47] Dans *Alice aux pays des merveilles*, de Lewis Caroll, l'ultime scène avant qu'Alice ne sorte du pays des songes, concerne ce problème : la Reine demande que l'on ne se préoccupe des motifs qu'ensuite de la sentence qu'elle réclame (v. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6ème éd., Paris : LGDJ, 1988 ; M.-L. Izorche). J. Flour et H. Souleau (coll. « U », 3ème éd., Paris : Armand Colin, 1991), P. Catala (*La réforme des liquidations successorales*, 2ème et 3ème éd., Paris : Rep. Defrénois, 1982)ou J. Foyer sont allés dans le sens d'une justification à tout prix du système successoral, tandis que le bon cadre d'analyse est celui qui, par la critique, laisse au droit positif sa part d'irrationnel. Le premier péché du légalisme, c'est de ne pas accepter la part d'irrationnel et d'erreur du droit positif. En élaborant des théories *ad hoc*, il a nourrit le délire germaniste. Notre description de la doctrine légaliste, adverse de la nôtre, au plan formel, participe de notre interprétation du droit positif et permet de saisir le sens de son évolution, dans la mesure où cette doctrine, conjointement avec la tendance germaniste, le soustend, l'influence et l'anime. La critique consiste à penser plus et mieux que l'adversaire sur son propre terrain. Une disposition positive doit être analysée depuis le cadre des principes rigoureux du droit susceptibles de l'interdire. Telle est l'entreprise apparemment paradoxale dans laquelle nous nous sommes lancés ; là est le sens de toutes ses explications et de toutes ses hypothèses, subtiles à outrances, que nous avons vues. La description de la règle y gagne en précision. Au plan matériel, c'est l'analyse logique traditionnelle qui décrit le plus précisément le droit positif, et pas le courant légaliste, qui, à cet égard, n'est plus à la hauteur de sa prétention positiviste.

**878.** **OBSCURCISSEMENT MINEUR. 1° LA NOTION DE PERSONNE MORALE. —** Un premier pas dans l'obscurcissement mineur consiste à prétendre qu'il existe tout simplement deux catégories de personnes, les personnes naturelles et les personnes morales[48]. Si le juge voit une personne, c'est qu'il y en a une. C'est donner, déjà, un sens positiviste au terme de personne. Et c'est en déformer la notion, en tant que la personne, communément, c'était seulement l'homme. Mais laissons cette théorie, et ses variantes. Car, encore que cela soit objet de controverses sans fin, il y a des personnes reconnues et d'autres qui ne le sont pas. Et si dans des cas et pour des motifs très similaires de ceux de l'indivision, en droit des sociétés, en matière de fondation pieuse et d'association, terrains jadis consacrés à l'idée de fiction, l'on a instauré et reconnu désormais la notion de personne morale, en revanche l'ordre positif français n'a pas consacré la personnalité de l'indivision par une onction franche et ouverte[49]. C'est précisément la raison qui nous a conduit à étudier l'indivision successorale. Car

[48] M. Planiol adressait à la théorie de la fiction le reproche de conduire insensiblement à placer sur le même plan la personne civile et la personne naturelle (Paris : LGDJ, éd. 1900-1901, t.1, p. 264). Ici nous le rejoignons parfaitement, et nous comprenons qu'il ait dirigé son effort vers la notion de propriété. Mais nous avons du mal à savoir si, en revanche, sa position est radicalement contraire de la nôtre lorsqu'il écrit : « La notion de personnalité fictive est une *conception purement doctrinale*, et on peut en faire la critique et la détruire sans porter atteinte à aucune des décisions impératives ou prohibitives de la loi. *Toutes les règles légales peuvent continuer à recevoir leur application ; et aucune ne sera violée par un changement de doctrine*. » Rappr. F. Maitland (introduction à O. Gierke), *Les théories politiques du moyen age*, Paris : L. Tenin, 1914).

[49] Il manque à l'indivision le *fiat* qui permet précisément aux deux sociétés parfaites, Eglise et Etat, d'accéder à l'être juridique, l'étincelle de *ratio* dont parle Carl Schmitt lorsqu'il explique qu'une assemblée délibérante prend corps. L'état comme mécanisme chez Th. Hobbes (*Leviathan*, trad. F. Tricaud, coll. Philosophie politique, Paris : Sirey, 1971) et H. Descartes( *Les temps modernes* nov. 1991-544, pp. 1-14 , al. 2). Non seulement l'indivision n'est pas une personne par elle-même, mais elle n'est pas même issue ni de l'Etat, ni de l'Eglise comme tant de ces personnes morales qui en sont comme les excroissances détachées. Aux yeux de l'Etat elle n'existe pas. Elle n'est rien.

dès lors que la personnalité n'y est pas reconnue, nous y retrouvons le terrain originaire et générateur de la théorie des personnes morales.

**879.** **OBSCURCISSEMENT MINEUR. 2° LES NOTIONS DE PROPRIETE ET D'OBLIGATION. —** Le second pas est franchi, dans l'obscurcissement mineur, lorsque, pour pallier le défaut de personnalité morale, l'on touche plus fondamentalement à la définition de la personne en tant que *propriétaire*, *créancier* et *débiteur*. Selon nous c'est ce dont la personne est sujet qui délimite une certaine notion de celle-ci. La compréhension juridique de la notion de personne est donc tributaire de la manière dont on entend ce dont elle est sujet actif et passif. Finalement, tout va dépendre de la conception que l'on va développer de ces droits et obligations par la titularité ne serait-ce que potentielle desquels l'on est une personne juridique. Or, l'acception de la propriété et de l'obligation propre au droit civil n'est pas évidente à appréhender. Ce sont des notions bien précises, mais complexes, et ambigûes dans bien des contextes. La doctrine légaliste a donc pu aisément les adapter à ses desseins et modifier profondément, ce faisant, la notion de personne.

**880.** **CONSTRUCTIONS DOCTRINALES. —** C'est dans cette veine que toute une doctrine, en France comme ailleurs, s'épuise, depuis la fin du XIXème siècle, à tenter d'élaborer, dans le vaste domaine des institutions par nous évoquées au début, des théories comme le patrimoine autonome, la propriété collective ou la

personnalité atténuée de la masse[50]. Il n'y a aucune autre raison pour ériger la masse des biens appropriés en commun en patrimoine autonome au regard de ceux de chacun des indivisaires. Ce sont des construction politiques qui n'ont d'autres limites que l'inspiration personnelle de leurs auteurs et elles n'ont pas fait directement l'objet de notre étude.

**881.** ALTERATION DE LA NOTION DE PERSONNE. — Il faut seulement observer que ces constructions portent plus radicalement atteinte à la notion de personne que la théorie de la personnalité morale, dont la nécessité, par contrecoup, n'est même plus du tout évidente. Car en détachant les notions de dette, de créance et de propriété de la notion de personne l'on en modifie très profondément la

[50] En matière d'indivision successorale l'on a appliqué ce réflexe et élargi la notion de personne. M. Grimaldi, 6ème éd., Paris : Litec, 2001, p. 599 (la personne même du *de cujus*) ; J. Carbonnier, *Droit civil*, [*Introduction*. Notion de personnalité morale], coll. Thémis-droit privé, 7ème éd., Paris : Puf, 1967 (l'indivision n'est pas une personne morale, mais porte sur un patrimoine, mais l'auteur se contredit ensuite) ; H., L. et J. Mazeaud, 5ème éd. par L. Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, Paris : Montchrestien, 1999 ; P. Raynaud, Paris : Sirey, 1983, n°247 bis-249 (« La nature de la masse indivise »), pp. 195-197 : qui discute des qualifications de patrimoine et de personne morale, conclue par ses mots : « il est difficile de donner une définition satisfaisante de la communauté d'héritiers et de la masse indivise. On est en présence d'une situation qui se prête mal à une qualification précise. Peut-être pourrait-on parler d'un embryon d'être juridique, d'un organisme juridique incomplètement formé et l'évolution actuelle permet de se demander s'il ne s'agit pas d'une personne morale en formation » ; sur l'idée d'une embryogénèse juridique v. déjà R. Saleilles, *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, 2ème éd., Paris, 1922, p. 655 , note 1 (le contrat collectif d'une collectivité à l'état de grève, le comité de grève constituent des « embryons de personnalité »), p. 663 (la propriété collective constitue « comme un embryon de personnalité ») ; et G. Cornu (la communauté de biens entre époux, « une personne en gestation ») ; F. X. Testu, *L'indivision*, coll. Connaissances du droit-droit privé, Paris : Dalloz, 1996, dit, à propos de l'intérêt commun, que cette notion « s'est affirmée à partir de l'idée d'autonomie de la masse indivise dessinée par la jurisprudence du XIXème siècle » (pp. 3-4) et « qu'il s'agit moins d'un concept juridique de type classique, qu'*un standard* que la Cour de cassation s'abstient de contrôler » (p. 3, nous soulignons ; cf. sur les « standards » : S. Rials, D. de Béchillon, etc…) ; ce dernier auteur a par ailleurs une vue très claire de la dérive positiviste que nous dénonçons : « bien que l'indivision n'ait pas la personnalité juridique elle se trouve personnifiée, en ce sens que les mécanismes juridiques la traitent souvent comme (etc.) ». A ce jeu qui consiste à partir du régime positif pour en inférer la notion (jeu dangereux, cf. J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime »*Rtd civ.* 1984, pp. 255-272 et n°10 p. 263), l'on aboutit à des notions contre nature, des monstruosités juridiques, des hybrides. Comp. l'hermaphrodite, v. E. Kantorowicz (*op. cit.*). Ici il s'agit de l'hybridation monstrueuse d'un être humain et d'autre chose.

définition[51]. D'où, par conséquent, si droits et obligations patrimoniaux ne sont plus spécifiques de la notion de personne physique, une crise de celle-ci. La confusion actuelle dans l'acception du terme de personne explique bien des ambigüités. Et des apories comme *les droits de la personnalité*. En réalité, si le régime attaché à la notion de personne *au sens élargi du terme* est étendu à des hommes qui n'ont pas la personnalité au sens strict[52], tout comme il bénéficie d'ailleurs à d'autres entités que l'être humain vivant[53], cela montre bien que cet aspect n'est pas spécifique des attributs de la personne humaine. L'indivision fournit à cet égard un admirable terrain d'observation de la décomposition des notions centrales du droit civil.

**882.** OBSCURCISSEMENT MAJEUR. 1° LANGAGE ORDINAIRE ET LANGAGE JURIDIQUE. — Quant à l'obscurcissement majeur, il tient à ce que la fiction ne soit plus

[51] Une logique séparante est à l'œuvre, qui ici distingue le propriétaire de l'homme, de la personne et de la propriété.
[52] Rappelons que si l'esclavage et la mort civile sont perçus comme des abominations c'est parce que pour une certaine doctrine les choses se passent comme si priver l'homme de la seule capacité à être propriétaire, créancier et débiteur devait lui faire perdre toute dignité. C'est ainsi que la notion de personne juridique est trop souvent confondue avec le sujet moral ou le sujet des droits de l'homme et des libertés publiques. V. au contraire Crim., 8 fév. 1839, Adm. des douanes c. Huc, *Sirey* 1839, 611-614, qui considère que l'esclave a la personnalité (l'esclave reçoit les sacrements et l'esclavage est un état).
[53] Cela est source d'ambiguïté. Par exemple, l'on estime que les égards qui sont dus à l'homme valent pour son cadavre, pour ses membres, pour son corps au stade embryonnaire et fœtal, pour les animaux (à commencer par les grands singes) et même pour l'environnement ou pour d'autres intérêts. L'on souhaite donc leur accorder le statut globalement protecteur de la personne humaine. Mais comme l'on tend à considérer ce statut en terme de droits subjectifs, l'on se dit qu'il suffirait de leur reconnaître la personnalité juridique pour que la protection à eux s'applique. Mais c'est la personnalité au sens très large du terme que l'on désigne. L'on n'entend pas leur reconnaître la possibilité d'être propriétaire, créancier et débiteur d'autre chose que de droits extra-patrimoniaux. Or, de cet aspect strict de la personnalité au sens du droit civil il semble être difficile de faire abstraction de façon à avoir l'un sans l'autre. Parce que dès lors qu'il y a sujet du droit de propriété, créancier et débiteur, l'on bute forcément sur l'obstacle du dogme selon lequel la personne, c'est l'homme seul. Autrement dit, c'est l'aspect particulier de la personne, *solidaire de l'ensemble,* qui interdit cette extension du régime protecteur de l'homme à d'autres entités, alors même qu'il n'est pas concerné. D'où des efforts en tous sens, telle l'idée d'intérêt juridiquement protégé (par une organisation syndicale).

reconnue pour telle. Et cela pour deux raisons. D'une part, parce que l'usage fictif d'une notion juridique est source du fameux *hiatus* entre le sens commun et le sens purement juridique des mots. Reconnaître la fiction pour telle permet d'éclaircir ce point. Mais si, au contraire, l'on ne reconnaît pas la fiction, avec elle c'est la cause de l'écart du langage juridique et du langage ordinaire qui reste ignorée, et les termes prennent par confusion et dénaturation ce soi-disant sens juridique, qui est pour beaucoup dans l'obscurité que revêt la discipline du droit, si ce n'en est la source majeure[54].

**883.** **OBSCURCISSEMENT MAJEUR. 2° VERTU HEURISTIQUE DE LA FICTION. —** D'autre part, s'il faut, nous l'avons dit, une réalité au regard de quoi la fiction soit fiction, il faut aussi, paradoxalement, une fiction au regard de quoi la réalité apparaisse clairement. Si notre supposition est juste, c'est l'usage *artificiel* d'une notion qui en révèle les traits les plus caractéristiques. Dès lors que la définition de la personne est liée aux notions civilistes patrimoniales de propriété et d'obligation, l'on ne saurait mieux traiter de la notion de personne qu'en situant

[54] Cf. Y. Thomas, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits* n° 21-22, 1995, pp. 17-63 : c'est « ce trafic » qui introduit « distance normale entre langage ordinaire et qualification juridique. » De même J.-L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 33, 1188, p. 366, la fiction remplit une fonction.

sa racine ou son centre de gravité en droit des biens et des obligations[55]. Mais ce sont des notions difficiles, nous l'avons dit, et il faut l'opération de la fiction pour qu'abstraction faite du substrat naturel de la personne, son élément essentiel, en quoi consiste la capacité à être propriétaire, créancier et débiteur, apparaisse distinctement. Au contraire, lorsque la fiction n'est pas comprise comme telle, l'on se prive de l'heuristique que l'on peut mettre à son crédit.

**884.** UNE OPINION D'ARISTOTE. — L'idée remonte à Aristote, qui veut que si nous portons le regard directement sur quelque chose, sa vérité profonde ne nous est pas montrée, tandis qu'elle se découvre dans la contemplation de sa

[55] Léon Michoud concevait la notion de personne comme une idée-force ; utile à la conception d'une multitude d'opérations juridiques. Notion cardinale, en effet. Planiol disait que l'étude de cette notion devait être reléguée au terme de la dernière année du *cursus studiorum*, parce qu'elle était comme le couronnement de l'ensemble de la matière. Elle supposait connu, pour être bien comprise, l'ensemble du programme (M. Planiol, *op. cit.*, note 1, p. 264 [mention qui n'est plus dans l'édition de 1914]). Cf. R. Saleilles, *op. cit.,* qui fait référence à Savigny ; et *De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français, Bulletin de la société d'études législatives,* vol. 10 (1910), p. 61 (au moyen âge on fit de la théorie de la personne le symbole de toute l'activité patrimoniale) ; R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé ; essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations,* Paris : A. Rousseau, 1911, p. 322 : « La théorie du sujet de droit est d'une importance considérable, puisqu'il s'agit d'une des bases de la technique juridique, la science ayant construit tout son système de règles sur la base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant analysés en des droits et tous les droits rattachés à des personnes comme sujets. » cité par L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2ème éd., Paris, 1921, t.1, p. 387. La compréhension de la notion de personne exige une perception claire de l'ordonnancement du droit civil. Rappelons que cette notion, centrale, est, comme on l'a remarqué, en rapport, d'un côté, avec le droit des choses, propriété et obligation ; de l'autre elle se situe relativement aux catégories du droit des personnes. Celui-ci est ordonné par la distinction de l'état et de la capacité, elle-même se sous distinguant en capacité de jouissance et capacité d'exercice. Certains ont pensé que la capacité d'exercice faisait la personnalité ; nous croyons pouvoir laisser cela de côté parce que mineurs et déments sont clairement personnellement propriétaires, créanciers et débiteurs. En revanche il est déjà nécessaire que nous écartions une ambiguïté possible en précisant notre pensée relativement à la capacité de jouissance : nous pensons donc que même frappé d'une incapacité totale de jouissance l'individu demeure *virtuellement* personnellement propriétaire, créancier et débiteur. En définitive notre position porte sur le point suivant, qui ne laisse pas d'être délicat : la personnalité juridique nous semble relever de la *liberté,* que l'on oppose à l'esclavage, à l'étude de quoi se résumait jadis la matière de l'état civil. C'est ici qu'il faut situer les recherches anthropologiques sur les liens entre propriété et personne ; L. Lévy-Bruhl, *L'âme primitive,* coll. Quadrige, Paris : Puf, 1996 ; et les auteurs cités par J. Carbonnier, La propriété/Etat des questions/Sociologie, *op. cit.* (Westrup, « Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative », *RHD*, 1933, pp. 223 et s., spéc. pp. 229 et s., et Leehardt, « Propriété et personne dans les sociétés archaïques », *Journal de Psychologie*, 1952, pp. 278 et s.).

représentation artistique. C'est pourquoi l'imitation est un enseignement[56]. Le terme grec de *poësis* désigne l'art en tant qu'activité d'imitation, comprise comme activité créatrice de représentation, consistant à fabriquer et produire des fictions[57]. La discipline du droit peut répondre à cette définition de l'art[58]. La casuistique afférente aux personnes fictives, présente, entre autres, mais de façon éclatante, en droit successoral, serait alors susceptible d'offrir, à ceux qui y seront confrontés, un terrain propice à une perception fulgurante, si les poètes ont dit vrai, de la notion de personne. En rassemblant tous ces cas qui figurent dans nos développements, nous n'avions d'autre fin.

[56] Etant sous entendu qu'apprendre est un plaisir, c'est par l'effet didactique de la *poësis* que le Stagirite explique que la tendance à l'imitation soit si forte que l'on puisse aimer observer une œuvre d'art qui figure des choses que l'on répugnerait à regarder en vérité (Aristote, *op. cit.*, 1448 b, 4-19). Cf. Platon, *République*, II, III, VI, 507 c-508 b et s. et X.
[57] Cette analyse de la fiction est classique. P. Le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *Rtd civ* 1988, p. 510 ; A. Esmein, « La jurisprudence et la loi », *Rtd civ* 1952, Variété.
[58] Poésie, J. Michelet, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Paris, 1837, p. 114 (ouvrage qui provient de Jacob Grimm, *La poésie dans le droit*, 181) ; v. A. Laingui, « L'adage, vestige de la poésie du droit », *Histoire du droit social, Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris : Puf, 1989, pp. 345-346 (et les auteurs qu'il cite) ; E. Kantorowicz, *op. cit.*

# Note additionnelle

LA COUR ; — Sur le moyen unique : — Attendu qu’après la prononciation, le 2 févr. 1898, de la séparation de corps entre Gustave Frécon et sa femme, née Frachon, le mari, profitant de la faculté à lui laissée de recevoir la fille en bas âge née de cette union, a, le 22 janv. 1899, enlevé cette enfant, et disparu avec elle, sans que, depuis, sa résidence ait pu être connue ; que la dame Frécon-Frachon a obtenu, le 6 juin 1900, un arrêt condamnant son mari au paiement d’une somme de 1.000 fr. par chaque jour de retard qu’il apporterait à la remise de l’enfant, et que cette astreinte a été liquidée provisoirement, le 15 déc. 1909, à 250.000 fr. ; que, le 8 déc. 1898, Auguste Frécon a fait à son fils Gustave une donation en avancement d’hoirie de 231.500 fr., confirmée par testament du 8 déc. 1902, qui disposait que ces avancements d’hoirie formeraient la totalité de la part héréditaire de son fils, et lui seraient alloués en lotissement de rapport ; qu’il est expliqué par l’arrêt attaqué que ces attributions d’hoirie, faites en même temps que d’autres actes passés entre Gustave Frécon, sa sœur, la dame Dorier, et Ferdinand Frécon, qui sont les demandeurs en cassation, formaient, d’après un arrêt de la Cour de Lyon du 17 nov. 1909, confirmatif d’un jugement du 28 mars 1908, un ensemble de manœuvres frauduleuses, ourdies dans le dessein de mettre Gustave Frécon, en lui créant une insolvabilité apparente, à l’abri de toutes les poursuites que sa femme serait en droit de lui intenter plus tard ; que les motifs de l’arrêt de 1909, auxquels l’arrêt présentement attaqué renvoie pour l’interprétation de son dispositif, déclaraient expressément que tous les copartageants de la succession d’Auguste Frécon, le père commun, se sont concertés pour faire opérer par Gustave Frécon, à la masse, des rapports injustifiés, et que c’est par une collusion frauduleuse que les enfants du testateur ont accepté le partage du 7 juill. 1907, qui porte une grave atteinte aux droits de la succession de l’un d’eux ; — Attendu que l’arrêt du 17 nov. 1909 a annulé la donation faite par Auguste Frécon à son fils Gustave dans le but certain de préjudicier à la dame Frécon ; qu’il a déclaré que cet acte frauduleux était inopposable à celle-ci ; qu’il n’est pas contesté qu’il devait être fait par les héritiers d’Auguste Frécon rapport à sa succession des sommes nécessaires pour constituer la part héréditaire de Gustave Frécon, soit 234.500 fr., qui avaient disparu par l’exécution de la convention consentie, et que la dame Frécon-Frachon était en droit d’appréhender ; que la seule question qui se posait était de savoir si les demandeurs en cassation, débiteurs seulement, comme héritiers de leur père, d’un tiers chacun de la dette résultant pour lui de sa participation à l’acte préjudiciable à la dame Frécon-Frachon, devaient être tenus de subir ce rapport pour le tout, sauf leur recours pour un tiers contre leur frère Gustave Frécon, ou s’ils n’étaient pas obligés de contribuer au paiement de cette dette de leur père pour un tiers chacun ; que, pour décider que le notaire, chargé de la liquidation, mettrait ce rapport à leur charge, l’arrêt attaqué fait valoir justement que le succès de la fraude serait assuré pour un tiers, si on lotissait Gustave Frécon du tiers de ces 234.500 fr. ; qu’en effet, au lieu de retrouver dans la succession d’Auguste Frécon cette somme qui lui était due intégralement, la défenderesse éventuelle n’y trouverait que les deux tiers, puisqu’en fait, son mari ne rapporterait rien ; qu’un tel résultat ne respecterait pas l’annulation de l’acte du 8 déc. 1898, prononcée pour le tout ; que les choses ne seraient pas remises au même état que si la donation n’avait pas été faite, ce qui est l’effet légal de la révocation ; que la décision attaquée se trouve donc pleinement justifiée ; qu’il est cependant encore permis d’ajouter que les règles ordinaires du droit fléchissent devant la nécessité de la réparation d’une fraude ; que, dans l’espèce, les demandeurs en cassation sont d’autant moins fondés à se plaindre de la décision attaquée qu’ils y sont déclarés complices de la fraude commise par leur père et leur frère ; — Attendu, au surplus, que les demandeurs en cassation font vainement grief à l’arrêt de n’avoir pas appliqué le principe que les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers ; qu’en effet, malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, le gage, dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant, continue, même après son décès, et ce jusqu’au partage, de subsister d’une manière indivisible sur l’hérédité toute entière ; que la dame Gustave Frécon, intervenante dans le partage non effectué, avait donc le droit de recouvrer l’intégralité de sa créance sur la totalité des biens héréditaires, et que c’est cette règle qui est appliquée par l’arrêt attaqué, sous la forme de l’obligation au rapport total de la somme due par la succession d’Auguste Frécon à sa belle-fille, par les héritiers qui prétendaient en conserver une partie ; qu’il suit de tout ce qui précède qu’en décidant que les demandeurs en cassation étaient tenus de laisser dans la succession d’Auguste Frécon, leur père, la somme de 234.500 fr., que la dame Frécon-Frachon était en droit d’y appréhender pour les causes ci-dessus énoncées, l’arrêt attaqué a assuré le respect de l’arrêt précédent du 17 nov. 1909, sans violer aucune des dispositions de loi invoquées par le pourvoi ; — Rejette, etc. Du 24 déc. 1912. — Ch. req.

L'arrêt Frécon[1], connu pour être le grand arrêt fondateur des droits du créancier successoral sur la masse indivise, portait sur une affaire complexe. Il s'agit du cas général qui voit *un créancier* (dame Gustave Frécon, née Frachon) (1°), contraint, *après l'ouverture d'une succession* (celle d'Auguste Frécon, son beau-père, décédé le 3 septembre 1906), de poursuivre des biens en indivision entre ses héritiers (qui sont trois, Gustave — époux de dame F. —, Ferdinand et dame Dorier)[2], *alors que* l'un des indivisaires (Gustave), insolvable, voit en outre l'entièreté de sa part absorbée par le rapport en valeur auquel il est tenu, en raison d'une libéralité (2°), dont le caractère *frauduleux* était, en l'occurrence, parfaitement établis (par décision CA Lyon, 17 nov. 1909) (3°).

**1° *L'OBLIGATION PERSONNELLE*. —** Si dame Frécon est créancière de Gustave, son époux et débiteur, c'est d'abord parce que la Cour de Lyon a, le 2 février 1898, prononcé la séparation de corps et confié la garde de leur fille à la mère. Le 22 janvier 1899, Gustave enlève l'enfant et disparaît avec elle. D'où, le 6 juin 1900, devant la Cour de Lyon, une condamnation à une astreinte obtenue à son encontre par son épouse, ce qui ouvre à celle-ci contre son mari des droits dont la cause importe finalement assez peu pour la suite. Les droits seront évalués et liquidés le 15 décembre 1909 (après l'ouverture de la succession) à 250.000 fr.

***2° LE RAPPORT.*** — Le 7 juillet 1907, *l'état liquidatif* du notaire applique *un testament* du 8 décembre 1902, par lequel le *de cujus* avait d'ores et déjà réglé le partage, plaçant dans le lot de Gustave *une donation* en argent d'un montant de 234.500 fr. dont il l'avait gratifié le 8 décembre 1898 (ainsi qu'une donation par contrat de mariage d'un montant de 25.000 fr., et une avance d'un montant de 71.000 fr. sur ses droits dans la succession de sa mère dont, pour la clarté de nos développements, nous ferons abstraction). Le résultat était que tout espoir était perdu, pour son épouse, de voir entrer dans son gage une partie quelconque de l'actif laissé par le défunt[3].

[1] Req., 24 déc. 1912, consorts Frécon c/ dame Frécon née Frachon, *S.* 1914.1.201, 1er arrêt. (*D.* 1915.1.45 est, comme chacun pourra le constater, une référence erronée qui renvoie au second arrêt Frécon du même jour), H. Capitant, 11ème éd., Paris : Dalloz, 2000, t.1, n°236 (cité GA).
[2] Cf. *supra* note 1 sous n°169.
[3] Cf. *supra* n°348.

*3° Le caractere frauduleux de la liberalite.* — La procédure engagée par l'épouse conduisit à démasquer l'opération comme étant une fraude que le père avait ourdie, avec la complicité, au moins, des deux autres enfants, Ferdinand et Mme Dorier[4].

*Remarquons* qu'une question de fait, qui n'est pas sans incidence sur la réparation de la fraude, demeure pour nous obscure. Le testament intervient le 8 décembre 1902 ; à cette date, Gustave, introuvable, a déjà été condamné à une astreinte (le 6 juin 1900). Ce testament fait référence à une donation en date du 8 décembre 1898 : moment où Gustave était séparé de corps (le 2 février 1893), mais n'avait pas encore enlevé sa fille (le 22 janvier 1899). Il est peu probable que le concert frauduleux remonte au 8 décembre 1898, en revanche il y a dans cette chronologie un indice qui laisserait penser que la fraude à consisté dans le fait d'antidater la donation. L'on peut encore considérer que Frécon père a versé effectivement *à Gustave* la somme de 234.500 fr[5], la fraude ayant consisté à couvrir approximativement ce que l'on pouvait escompter être la part future de chacun des trois enfants dans la succession, de telle sorte que cette part échappe au créancier de Gustave. Mais dès lors que la date de la donation est remise en cause, il est permis de s'interroger sur la destination réelle de la somme d'argent, et de faire l'hypothèse que la donation était simulée, et l'argent jamais touché par Gustave (mais peut-être par ses cohéritiers ? d'où les motifs de 1909, *supra*). Une dernière hypothèse serait que la somme a été complètement fictive, inventée, ce qui change l'étendue de la fraude.

Quoi qu'il en soit, par un arrêt de la cour d'appel de Lyon en date du 17 nov. 1909, confirmatif d'un jugement du tribunal de Lyon en date du 28 mars 1908, il est dit, dans des motifs auxquels renverront les arrêts de la Cour d'appel et de la Cour de cassation, que le partage portait « une grave atteinte aux droits de la succession de l'un d'eux » (*sic*).

[4] L'arrêt de 1909 relève une « concertation » et une « collusion » du père et des copartageants, complices de la fraude commise par leur père — et leur frère Gustave ? v. infra — dans le seul but de lui soustraire la part revenant à Gustave dans la succession de son père.

En vertu de l'action paulienne, la donation de 234.500 fr., fut *déclarée*, comme acte frauduleux, inopposable à l'épouse de Gustave, le partage testamentaire du 8 dec. 1902 déclaré nul « *en tant que M. Gustave Frécon avait été attribué dans ce partage du rapport de la donation de 234.500 fr.* » (nous soulignons) et il fut décidé que « Gustave Frécon ne serait pas loti des 234.500 fr. dont il devait le rapport, et que la succession de M. Frécon père serait partagée entre ses trois enfants .»

C'est dans l'exécution de cette condamnation des copartageants à réparation qu'un dernier litige s'éleva. L'épouse de Gustave demande la totalité des 234.500 fr. (soit 18 *quirats*) aux deux cohéritiers de son époux (9 *quirats*, soit 117.250 fr., à chacun) tandis qu'ils n'entendent pas lui verser chacun plus de 78.166 fr. (6 *quirats*), ce qui fait un total de 156.333 fr. (12 *quirats*), soit seulement les deux tiers de la somme réclamée (12 *quirats* sur 18).

En 1ère instance, Dame Frécon adresse devant le tribunal de Lyon sa demande contre Ferdinand Frécon et dame Dorier ; Jugement de débout, 17 juin 1910, qui donne gain de cause aux consorts Frécon (ils paient 78.166 chacun) ; sur appel de dame Frécon, la Cour d'appel de Lyon rend, le 7 février 1911 (1912 ?) un arrêt infirmatif qui fait droit à dame Frécon (elle doit être payée de 234.500 fr. en agissant contre les copartageants de Gustave) ; pourvoi des consorts Frécon, la chambre des requêtes de la Cour de cassation rend un arrêt de rejet, le 24 déc. 1912[6].

**QUESTION GENERALE.** — La question générale porte sur l'effet juridique de l'action paulienne. La solution défendue par les consorts Frécon repose sur un partage du poids de la fraude entre les trois héritiers, dame Frécon devant s'adresser à chaque héritier pour un tiers (6 *quirats* par héritier, ce qui ferait, si ses actions aboutissaient, un total de 18 — 234.500 fr.) ; tandis que Dame Frécon préconise de faire supporter l'entier poids de la fraude par les deux cohéritiers de

---

[5] D'où les motifs de la C. cassation : « les demandeurs en cassation sont d'autant moins fondés à se plaindre de la décision attaquée qu'ils y sont déclarés complices de la fraude commise par leur père et leur frère ».

[6] Sur les faits, voir aussi notes sous n°621, 618-619 (casus), 169 (bien indivis, créancier successoral et personnel), 152 et 678 (rapport) et 348.

Gustave, afin de faire totalement échec à la fraude, car eux sont solvables, lui ne l'est pas, de sorte qu'en fait la solution des consorts Frécon aboutirait *en fait* (Gustave ne payant pas sa portion) *à assurer pour un tiers le succès de la fraude* (le 2ème attendu de Req., 1912 relève que l'arrêt attaqué fait valoir justement ce point invoqué en appel). Les consorts Frécon répliquent que la solution de dame Frécon lui fait une situation *meilleure* que si l'acte n'avait pas eu lieu, tandis que la situation établie par celle qu'ils défendent aurait été telle si l'acte n'avait pas eu lieu. La Cour de cassation estima que l'essentiel était que les choses soient remises au même état que si la donation n'avait pas été faite. Certes.

**LA QUESTION D'EQUITE.** — Il y a plusieurs questions. Mettons tout d'abord la question d'équité de côté. Le 4ème attendu de l'arrêt de rejet comporte ce passage : « *les règles* ordinaires *du droit fléchissent devant la nécessité* de la réparation d'une fraude ». Nous ne croyons guère à l'autonomie de l'équité ; derrière les considérations d'équité ce sont en dernière analyse des visions comptables et juridiques qui dictent en vérité les façons de réparer la fraude. Une opération semble inéquitable lorsque l'analyse juridique sur laquelle elle repose est contestable ou obscure. Mais il y a toujours plusieurs analyses juridiques en concurrence. Et c'est manquer de rigueur d'invoquer l'équité contre un droit « flexible » ou qui ne ferait pas la loi de la nécessité, plutôt que d'en expliciter la critique, en précisant la vision que l'on défend. Il s'agit donc de questions juridiques.

**QUESTION PREALABLE.** — Toute la difficulté dans l'analyse de l'arrêt Frécon tient à ce que la question générale, qui portait sur la façon dont la fraude devait être réparée, soulève une question préalable qui n'a jamais été abordée en elle-même. Et le cas se dédouble, en fonction de la réponse à cette question. Il y a deux manières d'envisager l'action en réparation de dame Frécon. Une première vision a eu cours depuis le départ, seule jusqu'au pourvoi en cassation, dès lors concurrencée par une seconde, qui a prévalu finalement dans l'arrêt de la ch. des requêtes et devant la postérité. Le pourvoi mélangeait inconsidérément (parce que les deux explications sont incompatibles) les deux : « dans le cas où une donation est annulée comme faite en fraude des droits d'un créancier du

donataire, *l'obligation de remettre les choses en l'état antérieur, qui incombe à la fois au donateur et au donataire*, se divise de plein droit activement et passivement entre les héritiers du donateur décédé, de telle sorte que chacun d'eux doit y contribuer pour sa part, et que, si le donataire est héritier pour partie du donateur, il ne doit le rapport du montant de la donation qu'à concurrence de sa part héréditaire, chacun des autres héritiers devant aussi subir ce rapport (nous soulignons). »

**PORTEE DE LA DISTINCTION.** — Quoi qu'il en soit, l'une et l'autre façon d'envisager la réparation soulèvent bien les mêmes questions techniques de division des obligations et de théorie du rapport, qui entraînent, à leur tour, la question de la nature de la masse, qui implique la notion de personne, ce qui donne toujours l'occasion aux mêmes analyses doctrinales de se déployer ; mais le contexte casuistique change du tout au tout : dans le premier cas c'est une *créance* de la succession qui est en cause, tandis que dans le second, il s'agit d'une *dette*, dans le premier, dame Frécon n'est rien d'autre que créancier personnel de Gustave, tandis que dans le second elle est en outre créancier successoral. Même s'il est question de division des obligations, dans le premier cas il s'agit de la division des créances, dans le second de la division des dettes. Cela constitue le point obscur de l'arrêt Frécon. Il convient par conséquent de distinguer soigneusement ces deux cas. C'est pour l'interprète la difficulté de cette affaire.

**LE CAS DE DAME FRECON, CREANCIER PERSONNEL DE GUSTAVE.** — Cette première manière considère dame Frécon agissant, au titre de sa créance contre Gustave, pour protéger son propre gage, au travers de l'actif de Gustave, où figure la part successorale de ce dernier. Autrement dit, l'action paulienne a pour effet d'entraîner une action oblique par laquelle le créancier (dame Frécon) peut agir en défense des intérêts de son débiteur (Gustave), lésés par le partage. En résumé, l'action en réparation de la fraude, fondée sur l'accueil de l'action paulienne, vise, au nom et pour le compte du Gustave, à reconstituer le partage, et, sans tenir compte du rapport à quoi tient la fraude, à allotir Gustave (« constituer la part du fils »). Telle est la dette, *lato sensu*, des copartageants

envers l'épouse de Gustave Frécon ; elle se traduit par une dette *stricto sensu* envers Gustave Frécon, et non par une dette directe envers elle[7]. Dans le pourvoi il est question de répartition de la créance successorale (qui figure à l'actif de la succession) ; les pourvois évoquent « les règles du droit commun sur la division des créances successorales ». Le passage précité du pourvoi peut faire l'objet d'une lecture en ne considérant que la dette de Gustave envers la succession : « l'obligation de remettre les choses en l'état antérieur, qui incombe *au* (seul) *donataire* (…), se divise de plein droit *activement* (…) entre les héritiers (etc., nous soulignons). » La question est dès lors de savoir dans quelle mesure Gustave est tenu envers la succession[8].

**Question de l'analyse du rapport. —** La difficulté du cas exige le rappel des analyses doctrinales qui peuvent être faites du rapport en valeur. Il est deux visées comptables, dont l'une — au sein de laquelle eût lieu la *discussion* (I et II) — qui personnifie la masse, tandis que l'autre, non — et elle fournit la *solution* (III).

### I. *Analyse classique en terme de cession. Position des consorts Frécon*

Dans l'affaire Frécon, à la dette de Gustave correspond une créance de la succession contre lui. C'est ainsi que l'on tient compte de la donation. A la dette de Gustave correspondent exactement, à l'actif de la succession, 18 *quirats* (234 500 fr). Cette analyse regroupe une partie des classiques et les germanistes.

Les partisans du partage cession de quotes-parts parlent de division des créances[9]. Dans l'arrêt Frécon l'analyse procède d'un mécanisme en trois temps :

[7] Ce que n'a pas compris l'annotateur au Sirey 1914.1 : (la part du fils) « devait y (dans la succession) être rétablie, pour que la femme pût exercer sur elle ses droits de créance. Mais on soutenait que ce rétablissement était une dette de la succession, qui, conformément aux principes (c. civ ; 873 et 1220) (etc.). ». Note au Sirey, 1914.1.201 : « *les héritiers devraient rétablir dans la succession* les sommes nécessaires pour constituer *la part du fils*, qui en avait disparu par suite des manœuvres frauduleuses relevées (nous soulignons) » (…) « les sommes et valeurs constituant *la part successorale du fils*, que les actes reconnus frauduleux avaient fait disparaître de la succession, pour les soustraire à l'action de la femme du fils, devaient donc y être réintégrés, au regard de celle-ci, pour qu'elle pût exercer sur la part de son mari, ses droits de créance (nous soulignons). »

[8] Entité Ô combien ambiguë, v. n°533.

[9] V. n°685 et, pour la réparation, n°812.

1° — Appliquer à la créance de rapport le principe de la division des créances successorales. La créance se divise de plein droit entre les copartageants, au prorata des parts de chacun dans la succession. La créance ne retombe plus que pour un tiers sur la tête du débiteur, Gustave, et dans cette mesure elle s'éteint naturellement par confusion. Mais pour les deux tiers restant, elle est répartie entre les deux autres. L'héritier tenu au rapport n'est donc plus débiteur que de ses copartageants, et pour leur part dans le tout de la créance.
2° — Ensuite a lieu le partage de l'actif en nature. Chaque héritier perçoit normalement un lot correspondant à sa quote-part sur ce qui demeure dans la masse partageable. Dans notre cas, la masse se partage en trois lots. Le rapport consiste ici, pour les cohéritiers de Gustave, à prélever, sur la part en nature de ce dernier, le montant de leur créance (soit 78.166 chacun).
3° — Le dernier temps de l'opération consiste, pour les deux créanciers du rapport, à se payer en prélevant le montant de leur créance dans le lot attribué à leur copartageant débiteur du rapport. Dans le concours avec dame Frécon. Cela a lieu en vertu de la préférence que leur accorde le droit de prélèvement. L'idée est donc que si cette opération est frauduleuse, ceux-ci doivent rapporter cette somme (pour la partager avec dame Frécon ?). Si c'est ainsi que la part de Gustave disparaît entre les mains de ses copartageants, ceux-ci doivent lui restituer chacun 78 166. Réparer la fraude dans cette hypothèse fait échapper les dettes de Gustave au régime privilégié qui est celui du rapport. Traitées comme des dettes ordinaires. Ferdinand et Dorier sont donc chacun créanciers de Gustave pour une somme de 78 166 fr.

**Valeur de cette position. Comparaison avec l'affaire Rolland**— La fragilité de cette position tient à la jurisprudence Rolland (Civ., 10 juill. 1893)[10]. L'analyse du rapport selon la théorie classique du partage cession de quotes-parts, où le prélèvement est postérieur aux allotissements, fournit en effet le cadre adéquat à la compréhension du véritable argument de Rolland (le créancier successoral) et, partant, la véritable portée de l'arrêt du même nom. Dans le cas

[10] V. *supra* note 33 sous n°44.

Rolland soumis à la Cour de cassation dans son arrêt du 10 juillet 1893, la question portait en vérité sur la nature des relations entre copartageants, lors du rapport[11]. Le pourvoi obéissait, pour la défense de Rolland, à la logique de l'analyse classique personnaliste du rapport, selon laquelle le partage procède en trois temps.

**COMPARAISON AVEC L'AFFAIRE ROLLAND : 1ER TEMPS DU PARTAGE.** — Côté actif successoral, Léopold (l'un des trois héritiers débiteurs pour un tiers de la dette du *de cujus* envers Rolland, et tenu au rapport) est — ne serait-ce qu'un instant comptable — débiteur du rapport *envers la succession*. A l'instant la créance de rapport se divise *ipso iure* (à cause du principe de division des obligations) entre les quatre héritiers, au prorata des parts de chacun. La créance tombe pour un quart sur la tête du débiteur, Léopold, et elle s'éteint naturellement par confusion dans cette même mesure, et pour les trois quarts restant elle échoit aux trois autres héritiers, de telle sorte que, finalement, Léopold, héritier tenu au rapport, est donc bien proprement, directement et personnellement débiteur de ses cohéritiers[12]. Mais tel est donc précisément le point condamné par la Cour de cassation[13]. Tandis que l'idée nous semble, au contraire, très juste en soi— non point le chemin (créance commune, qui se divise) qui y a conduit, ni la suite du

[11] Cf. n°533.
[12] La cour de cassation a compris et clairement rendu compte de ce point du raisonnement du pourvoi ; dans son 6ème attendu : « la séparation des patrimoines s'exerce envers tout *créancier de l'héritier* », ou « l'héritier *qui demande le rapport est* le *créancier* de son cohéritier » ; dans le 7ème attendu : « la séparation des patrimoines doit avoir effet contre *les cohéritiers qui ont droit à un rapport*, parce qu'ils *auraient la qualité de créanciers du cohéritier débiteur de ce rapport* » (et Tissier, qui a lui aussi bien compris ce point de la théorie du pourvoi, reprend le passage souligné par nous). Tissier, 178 col. 3 : « On considère les cohéritiers qui veulent exercer le prélèvement comme des créanciers de leur cohéritier, débiteur du rapport. » Même Capitant (1924), p. 28, est, sur ce point, exact : « Ils (les sieurs Rolland) prétendaient en particulier que la séparation des patrimoines devait avoir effet contre les cohéritiers qui ont droit à un rapport, *parce que ceux-ci ont comme tels la qualité de créanciers personnels du cohéritier débiteur du rapport* (nous soulignons). » Cf. n°812.
[13] Ce que reconnaît la doctrine — A. Sériaux, coll. droit fondamental, Paris : Puf, 1986, n°167, p. 308: « la Cour de cassation refuse de comprendre, parmi les créanciers de l'héritier, ses propres cohéritiers lorsque ceux-ci réclament le rapport de libéralités qu'il a reçu du défunt en avancement d'hoirie : « ce dernier, précise-t-elle, n'est proprement débiteur que de la masse de la succession, d'une part, et que d'autre part les premiers n'y ont droit qu'en qualité de copartageants, qu'ils ne sont pas investis d'une créance directe et personnelle sur leur cohéritier » (Civ., 10 juill. 1893, *DP*, 1894.1.5., n. P. de Loynes) ».

raisonnement, dont elle est le point de départ, et dans laquelle la Cour de cassation n'est pas entrée[14].

**COMPARAISON AVEC L'AFFAIRE ROLLAND : 2EME TEMPS DU PARTAGE.** — Ensuite a lieu le partage de l'actif en nature. *Chacun des quatre héritiers* (y compris Léopold) reçoit normalement, de la masse partageable, un lot correspondant à sa quote-part[15].

**COMPARAISON AVEC L'AFFAIRE ROLLAND : 3EME TEMPS DU PARTAGE.** — Selon cette doctrine le prélèvement n'a lieu que dans le troisième et dernier temps de l'opération. Il consisterait, pour les trois créanciers de Léopold, leur débiteur à cause du rapport, à se payer en prélevant des biens en nature sur son lot de biens issus de la masse indivise, à hauteur du montant de leur créance. L'on comprend que du point de vue de cette doctrine le rapport puisse s'analyser dans les termes d'un concours conflictuel entre les divers créanciers de Léopold, débiteur du rapport : ses copartageants créanciers du rapport, et ses autres créanciers, personnels ou successoraux, comme sont, en l'occurrence, les Rolland. Le pourvoi parlait donc très logiquement de « la partie des biens de la succession

[14] De Loynes, p. 7 col. 1 et 2, discute les opinions de C. Demolombe (qu'il vaudrait mieux, certes, consulter directement : 3ème éd., Paris, 1867 , t.5, n°214 D), qui aurait dit que « l'héritier auquel est dû le rapport est créancier de l'héritier qui le doit » ; et, *dixit* De Loynes : « Ce n'est pas cependant sans hésitation que C. Demolombe propose ce premier moyen pour justifier sa doctrine. Car il déclare lui-même ne pas oser affirmer que tel ait été l'aperçu du législateur. » Et il termine : « Nous ne pouvons discuter ici le principe même de cette opinion ; il faudrait déterminer la nature du rapport en moins prenant. »

[15] C'est cette position qui n'est vraiment pas bien comprise par P. de Loynes, p. 6 : « Les créanciers du défunt (…) prétendent être payés intégralement *sur l'ensemble indivis* des biens héréditaires sans que la règle de la division des dettes fasse obstacle à l'exercice de ce droit et sans qu'il soit nécessaire de tenir compte des droits et obligations des héritiers entre eux (nous soulignons). » Et plus clairement, p. 7 : « le créancier (…) demande à être payé sur la masse héréditaire *avant toute attribution aux héritiers*. » De même, GA 234 « *sur la masse indivise* ».A aucun moment les Rolland n'ont même soutenu, comme le prétend H. Capitant dans « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, p. 28 « être admis (…) à se faire payer de l'intégralité de leur créance *sur les parts des trois autres héritiers* (nous soulignons). » C'est en vérité sur la part de Léopold qu'ils prétendent être payés, comme semble l'avoir vu Tissier, 178 col. 3, avec cette formule : « sur la part héréditaire indivise du cohéritier débiteur du rapport ». Mais si Tissier comprend cette étape du raisonnement du pourvoi, en revanche, comme la cour de cassation, il la condamne en tant que phase du partage (théorie qu'il ne comprend qu'obscurément), quand il écrit : « Le cohéritier débiteur du rapport (…) n'a jamais eu d'ailleurs droit à aucune portion des biens laissés par le défunt ; (…) l'héritier, qui impute sur ses droits héréditaires l'avancement d'hoirie qu'il a reçu du vivant du défunt, ne reçoit rien des biens laissés à son décès par celui-ci. ».

qui devait faire l'objet d'un prélèvement des cohéritiers à l'encontre d'un autre cohéritier débiteur d'un rapport en moins prenant. »

En règle générale les créanciers du rapport sont privilégiés, en vertu de la préférence que leur accorde le droit de prélèvement, y compris sur les créanciers successoraux. Mais ils sont des créanciers personnels. Et c'est pourquoi le pourvoi posait la question du créancier successoral qui a demandé, avant le partage, sur les biens successoraux, *le privilège de la séparation des patrimoines,* appelé selon lui à triompher dans le concours avec les créanciers du rapport sur les biens échus au débiteur. C'est bien pourquoi le pourvoi entendait situer la discussion précisément en plein partage, entre la seconde et la troisième phase du processus : aussi, l'argument décisif de la formule du pourvoi contre Rennes, 29 nov. 1889, était le suivant : « la masse active de la succession était encore indivise au moment de la poursuite du créancier et que même le litige ne s'est élevé que dans le cours d'une procédure en homologation de partage »[16]. Enfin l'on comprend, dès lors, que « Les sieurs Rolland ont contesté cette liquidation et soutenu qu'ils devaient être admis, par l'effet de la séparation des patrimoines, à se faire payer sur la masse indivise de *l'intégralité de leur créance contre le défunt* (nous soulignons) »[17]. Car de la sorte, Rolland, qui pouvait obtenir satisfaction en poursuivant chacun des trois héritiers solvables chacun pour leur part de la dette du défunt, obtenait encore son dû en agissant contre Léopold, l'emportant dans le conflit avec les trois autres pour la part successorale de ce dernier[18].

[16] GA ; rapporté dans les 3èmes et 7èmes attendu de l'arrêt.
[17] GA 234.
[18] A. Tissier (I, c, p. 178, 3ème col.) trouve cette opinion ingénieuse – mais la comprend-il seulement ? lui qui se trompe au sujet de cette troisième phase, lorsqu'il dit : « les créanciers ne demandent pas le rapport ; ils veulent l'empêcher en tant qu'il leur préjudicierait » (p. 178). Quoi qu'il en soit A. Tissier cite A.-M. Demante à l'appui de cette opinion : « Les créanciers de la succession ne sont pas tenus de souffrir que la part revenant de droit sur les biens en nature à l'héritier débiteur du rapport soient absorbés à leur préjudice par les prélèvements des cohéritiers » (A.-M. Demante, 2ème éd., Paris : éd. Plon, 1883-1896, t.3, n°210 *bis*, III). Et renvoi, dans le même sens, à C. Demolombe, *op. cit.* ; A. Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, 1re série, Paris : Cosse, Marchal, 1869, t.1, n°338 ; Deschamps, *Du rapport des dettes. Théorie du prélèvement dans le partage des successions, des sociétés et de la communauté entre époux*, Paris, 1889, p. 245 ; R.-J. Pothier, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.2, n°310, p. 159, note (reproduction de la note de Tissier).

**EXCURSUS SUR L'APPLICATION DE CETTE ANALYSE DANS L'AFFAIRE CHOLLET** — La même idée eût été, dans l'affaire Chollet[19], de considérer « la masse » *ut singuli*. Les coïndivisaires de Paul-Xavier, ses créanciers, ont la préférence sur Chollet, créancier personnel de Paul-Xavier, ce dernier fut-il hypothécaire. Mais cela dépend des effets de la licitation. La théorie du partage cession de quote-part est admise, concernant le prix, par Besançon, 1901 : « il est certain que (…) *le créancier* hypothécaire sur l'immeuble indivis *conservera sa créance* ; que son hypothèque frappera l'immeuble adjugé à un tiers dans la proportion de la part revenant à son débiteur » ; « lors de la distribution du prix, le créancier du cohéritier sera primé par le droit de prélèvement des autres cohéritiers, et ce jusqu'à concurrence de l'extinction de la dette contractée par le débiteur envers la masse de la succession. » Il s'agit bien de théorie du rapport. Difficile d'y voir plus clair : il y aurait concours, sur le lot ? Conformément à la théorie de Rolland. Sur la part de prix échue à P.-X. D., il y aurait concours entre les créanciers du rapport et le créancier personnel[20]. Mais, *dixit* Besançon, « ce droit (de Chollet) n'est pas à ce point absolu et intangible qu'il ne puisse lui-même être primé. » Il (le créancier hypothécaire) peut et doit l'être (« évincé » par un autre créancier qui « absorbe l'intégralité des fonds disponibles ») par le droit plus fort de prélèvement que la loi, dans les art. 829 et 830, c. civ., a créé au profit des cohéritiers. Idée, donc, tout de même, que la masse est créancière de Paul-Xavier, en concours avec Chollet pour l'attribution du prix, et que dans ce concours la préférence doit aller au créancier du rapport. C'est pourquoi le problème se situait sur ce terrain. C'est la solution donnée par Civ., 21 juin 1904 : pas de privilège sans texte ! Au nom du principe d'égalité entre copartageants : « en droit et en équité, il ne doit jamais être possible » d'aboutir à sa violation. Argument : « Cette théorie (préférence du créancier hypothécaire)[21], condamnée par la cour suprême dans son arrêt du 29 mars 1892, est repoussée par le texte même de la loi et une analyse exacte de la situation des parties ». « Il

[19] Cf. n°346.
[20] Modification : concours entre la masse créancière et le créancier personnel.
[21] Cf. n°188.

est inadmissible qu'un héritier déjà rempli de ses droits puisse, par un acte quelconque, auquel ses cohéritiers demeurent étrangers, attribuer à son créancier, c'est-à-dire s'attribuer à lui-même, une fraction de la succession dans laquelle il n'a rien à prétendre. » Référence au procès verbal de liquidation, homologué par jugement 16 février 1899, et retour sur la question du sort du prix.

La véritable condamnation de la thèse de Rolland (juste en soi, contradictoire avec le reste de la décision) est dans l'arrêt Chollet, Lyon, 29 mars 1905 : « aux termes des art. 829, 830 et 831 c. civ., et 978 c. pr. civ., le rapport des dettes et le prélèvement qui lui est corrélatif sont en principe *préliminaires* à la formation des lots, d'où il suit que les droits des cohéritiers, prélevant une fraction, et ceux des créanciers de l'un d'eux, ne se rencontrent pas pour entrer directement en opposition, puisque c'est seulement quand ces opérations sont terminées, et quand les lots ont été composés, que les droits des successibles sont définitivement fixés, assis sur des parts distinctes, et que les créanciers personnels de chacun d'eux peuvent faire valoir leur droit de créance sur le lot qui a été attribué à leur débiteur ; (…) « pas de conflit » « mais antériorité » (nous soulignons).

En vertu de cette jurisprudence, les consorts Frécon auraient donc vu leur argument repoussé, tandis que celui de dame Frécon aurait été admis, en vertu de la consécration de l'analyse germaniste.

## II. *Analyse germaniste. Position de dame Frécon*

Selon l'analyse germaniste, dans l'affaire Frécon il y a indivision de la créance de rapport contre le gratifié. Celle-ci reste, entièrement, à l'actif de la masse successorale (ce qui fait 18 *quirat*). Ensuite l'on calcul la part arithmétique de chacun sur cette masse, qui est, ici, d'un tiers (18 sur 54 *quirat*). L'opération du rapport en valeur, à quoi tenait la fraude, consiste enfin à attribuer précisément et prioritairement à l'indivisaire débiteur la créance que la masse a contre lui, à concurrence, bien entendu, de ses propres droits sur la masse, de manière à ce que, dans cette mesure, l'obligation s'éteigne par confusion. De la sorte, les copartageants de Gustave F. sont allotis pour la même

hauteur de biens en nature, soit chacun 18 *quirats* (234 500 fr.), ce qui fait un total de 36.

Faire échec à la fraude et réparer la fraude peut ici signifier deux choses. Et il est possible que là était initialement le problème entre les intéressés.

Première solution, laisser la créance se diviser (6 *quirats*), répartir la créance de rapport, au prorata des parts, entre les trois copartageants, de telle sorte que la part en nature eût dû être de 12 *quirats* (156 333 fr.) – et si l'on ajoute 6 à ces parts, cela donne des parts de 18[22]. Ensuite a lieu le partage, le lot de chacun ayant dû, dès lors, pour 234.500, se composer d'un tiers de la créance de 78.166 contre Gustave Frécon (division, confusion pour la part de Gustave, Ferdinand et sa sœur demeurent créanciers de Gustave pour 78.166 chacun), et d'une portion en nature de 156.999, de telle sorte que chacun des deux doivent 4 *quirat*s(78.499).

Seconde solution, plus favorable à la victime de la fraude, attribuer entièrement la créance aux deux copartageants ; de telle sorte que la part en nature eut dû être de 234 500 fr. Le lot de Gustave Frécon eût dû se composer exclusivement de biens en nature pour une hauteur de 234.500 fr., et la créance de rapport, dont il est débiteur, à laquelle il ne touche pas, reste dans la masse, mise au lot des deux autres ; leur lot se compose chacun de la moitié de la créance (et de ce qui reste en fait de biens en nature dans la masse). Sur les 469.000 fr. de biens en nature il ne reste que 234.500 qu'ils se répartissent (chacun 117.500). Comme en réalité leur lot, à cause de la fraude, est du double, ils doivent restituer 117.250 fr. chacun, ce qui forme le lot de 234.500 fr. auquel

[22] Jugement de débout de dame Frécon, gain de cause aux consorts Frécon, par tribunal de Lyon : « que les 234.500 fr. seraient réunis à la masse, et que la *créance* en résultant *contre M. Frécon* (pourvoi en cassation : « montant d'*une créance successorale* » - nb : à l'actif de la succession) serait partagée entre les trois héritiers (pourvoi parle de *répartition* entre les trois héritiers du *de cujus*). Req. 1912, 2ème attendu : « si on lotissait Gustave Frécon du tiers de ces 234.500 fr » dame Frécon « n'y trouverait que les deux tiers, puisqu'en fait, son mari ne rapporterait rien ». « en ce qui concernait le règlement de la succession, M. Ferdinand Frécon et Mme Dorier ont prétendu que la somme de 234.500 fr., montant de la donation annulée au regard de Mme Gustave Frécon, et dont le mari devait le rapport, devait être partagée par égales parts entre les trois héritiers. » Parlent de principe de division des créances successorales.

pouvait prétendre Gustave[23]. Reste que dans ce système les copartageants de Gustave demeurent ses créanciers pour 117.250 chacun, mais nous supposons que dans le concours qui les oppose à l'épouse de Gustave, sur la créance que ce dernier a contre eux, c'est celle-ci qui espère être préférée. Ainsi que le demandait en appel l'épouse de Gustave, « la libéralité frauduleuse (autrement dit : la créance représentative de la libéralité) est placée en son entier au lot des deux autres[24]. » Pour la cour de cassation, la cour d'appel a imposé l'obligation au rapport total de la somme par les héritiers.

**CONSECRATION DE CETTE ANALYSE PAR L'ARRET ROLLAND. —** L'affaire Rolland fournit une illustration de cette théorie germaniste du rapport selon laquelle la créance de rapport figure dans la masse. La première phrase de l'arrêt comporte ces termes : « (…) de l'indivision contre l'indivisaire (…). » Germe de la thèse germaniste ? Et le 8ème attendu : « que celui qui est soumis à rapporter n'est proprement débiteur que de la masse de la succession »[25]. Mais ensuite ce n'est pas Rolland qui en est le débiteur : « et que, si ses cohéritiers ont le droit d'exiger que le rapport soit fait, c'est à titre de copartageants, afin de faire reconstituer l'hérédité à partager[26] ; qu'ils ne sont donc pas investis d'une

[23] GA n°236 : « La dame Frécon intente alors une nouvelle action pour demander que les héritiers rapportent à la succession la somme de 234.500 fr. qui a disparu par l'effet de la donation en avancement d'hoirie. »

[24] Sirey 1914 : « Une nouvelle instance s'étant engagée entre les parties, en ce qui concernait le règlement de la succession, (…) Mme Gustave Frécon a soutenu, au contraire, qu'elle devait (cf. 234.500, la somme) être mise intégralement dans les lots de M. Ferdinand Frécon et de Mme Dorier, sans que M. Gustave Frécon pût en être loti en totalité ou en partie. » Arrêt de la cour de cassation, dans le 2ème attendu : « que, pour décider que le notaire, chargé de la liquidation mettrait ce rapport à leur charge (pour le notaire il ne s'agissait pas du même rapport), l'arrêt attaqué fait valoir *justement* que le succès de la fraude serait assuré pour un tiers, si on lotissait Gustave Frécon du tiers de ces 234.500 fr. ; qu'en effet, au lieu de retrouver dans la succession d'Auguste Frécon cette somme qui lui était due intégralement, la défenderesse éventuelle n'y trouverait que les deux tiers, puisqu'en fait, son mari ne rapporterait rien ; Qu'un tel résultat ne respecterait pas l'annulation de l'acte du 8 déc. 1898, prononcée pour le tout ; que les choses ne seraient pas remises au même état que si la donation n'avait pas été faite, ce qui est l'effet légal de la révocation ; que la décision attaquée se trouve donc pleinement justifiée. » 3ème attendu : « qu'il suit de tout ce qui précède qu'en décidant que les demandeurs en cassation étaient tenus de laisser dans la succession d'Auguste Frécon, leur père, la somme de 234.500 fr., que la dame Frécon était en droit d'y appréhender pour la cause ci-dessus énoncée, l'arrêt attaqué a assuré le respect de l'arrêt précédent du 17 nov. 1909, sans violer aucune des dispositions de loi invoquées par le pourvoi. »

[25] relevé par GA p. 965

[26] Cf. n°548.

créance directe et personnelle sur leurs cohéritiers, et que, dès lors, ils ne sont pas compris parmi les créanciers de l'héritier, au sens où l'ont entendu les art. 878 et 2111, précités »[27]. Du coté de Rolland, demandeur au pourvoi, l'analyse du rapport n'était juste qu'en partie, tandis que du côté de la Cour qui rendit un arrêt de rejet, le fondement adopté, aveugle à l'aspect par où le raisonnement du pourvoi péchait, reposait sur une analyse vraiment lourde de conséquences. La Cour de cassation, pas plus que la doctrine ne vit la faille du raisonnement. Signe s'il en est qu'à l'époque l'analyse classique du droit de l'indivision était perdue. Plutôt que d'arguer que la dette de rapport, due certes à chacun des coïndivisaires, s'était éteinte, par compensation, à cause des prélèvements[28], la Cour ouvrit la brèche à la personnification de l'indivision. Moment historique. Elle relève, en présentant l'argument du pourvoi, que « les cohéritiers qui ont droit à un rapport (…) « auraient » la qualité de créanciers du cohéritier débiteur de ce rapport. » Ce qui sous-entend que le propos est fait. Et voici le passage décisif : « celui qui est soumis à rapporter n'*est* proprement *débiteur* que *de la masse de la succession* et que, si ses cohéritiers ont le droit d'exiger que le rapport soit fait, c'est à titre de copartageants, afin de faire reconstituer l'hérédité à partager » (nous soulignons). C'est la thèse du prix représentatif de la chose ou de la créance de rapport constitutive de la masse partageable. C'est cette thèse qui est fausse et c'est par elle que l'indivision ressemble à une personne, lorsque par ailleurs on veut bien reconnaître qu'une créance n'est pas un bien et que derrière toute créance il y a un créancier, c'est-à-dire une personne. Autrement, ce qui à nos yeux revient au même, c'est cette thèse qui de toute manière est au fondement des idées de propriété collective, de patrimoine sans maître ou de toutes les élucubrations qui peuvent toujours venir à l'esprit échauffé des juristes de cabinet. D'où, pour la cour de cassation, en déduction de ce qui précède : « ils ne sont donc pas investis d'une créance directe et personnelle sur leurs

[27] Cf. Ch.réun., 16 janv. 1858 , Moinet et Civ. 8 fév. 1882. De Loynes, p. 7 : « une simple observation. Le rapport a pour but de maintenir l'égalité entre les cohéritiers ; il est dû à la succession ; il se fait à la masse (C. civ. 829). C'est donc en qualité de copartageants que les autres héritiers y ont droit. » Tissier p. 179 col.1 cite Labbé, sous Cass. 9 févr. 1887 et Tissier sous Req., 7 juill. 1892.

cohéritiers, et que dès lors, ils ne sont pas compris parmi les créanciers de l'héritier, au sens où l'on entend les art. 878 et 2111, précités. »[29]

L'on considère que la Cour de cassation a, en 1893, avec l'arrêt Rolland, anticipé sur la solution retenue, en 1912, avec l'arrêt Frécon, en ceci qu'elle relevait, comme pour le déplorer, que le créancier ait divisé ses poursuites, réclamant à chacun sa part, et sans qu'il apparaisse qu'il ait fait d'autres poursuites tendant à obtenir son paiement sur la masse de la succession, précisait-elle – comme s'il eût bien mieux fait de procéder ainsi. En ce cas, le privilège de la séparation des patrimoines n'était peut-être même pas nécessaire au créancier pour obtenir le droit d'être payé de l'intégralité de sa créance sur l'ensemble des biens effectivement trouvés dans la succession : s'était un moyen inadapté – tout ceci à cause du rapport[30].

**NOUVEL EXCURSUS SUR L'ARRET CHOLLET. —** Dans l'affaire Chollet[31], lorsque le tribunal civil de Saint-Claude, dans son jugement du 28 avril 1901, parle de « prélever sur l'actif de la succession une portion égale au montant du rapport », cela va, mais ensuite lorsqu'il parle de « prélever sur la masse de la succession une portion égale au montant de *la dette* sujette « à rapport », il laisse supposer que l'obligation a lieu d'être entre la masse et l'héritier débiteur. Lyon, 29 mars

---

[28] Cf. n°603.
[29] NB : « les principes de la matière ». Et A. Tissier, précisément, ne comprend pas l'arrêt ainsi. H. Capitant , « L'indivision héréditaire », *revue critique*, 1924, p. 28 : « l'imputation en moins prenant » ; rapport des donations de meuble, rapport des dettes : « Ces deux rapports donnent naissance à une créance contre celui qui en est tenu (nous sommes d'accord). Mais il importe de noter que cette créance échappe à la règle de la division (faux, mais vient ensuite la raison de cette non division). En effet les cohéritiers ne peuvent pas exiger, chacun pour leur part, le paiement direct de cette somme par le cohéritier débiteur (c'est donc la relation du rapport et du gel de l'obligation qui est en cause), et réciproquement les créanciers de ce dernier ne sont pas en droit de soumettre les cohéritiers à la loi du concours, au cas d'insolvabilité de leur débiteur (ici la solution est comprise). La loi a organisé ici un mode particulier de règlement qui s'opère par voie de prélèvement fait par les cohéritiers au moment du partage sur les biens héréditaires (art. 830). (…) Il en résulte que la créance née du rapport reste indivise jusqu'au jour de son acquittement par le procédé des prélèvements. (…) Ainsi le prélèvement n'est pas, à proprement parler, un mode de paiements, *c'est un règlement entre le cohéritier et la masse indivise* (souligné sur notre exemplaire, à juste titre, par un glossateur anonyme). Cf. Tissier, note sous affaire Rolland c/ Consorts Deschamps, p. 178, col. 3 : la cour de Rennes fait intervenir l'art. 857 C. civ. – qui concerne le rapport en nature – (« le rapport n'est pas dû aux créanciers »°. Cf. le gel de l'obligation.
[30] V., pour les droits du créancier successoral. Civ. 1re, 14 déc. 1983.

1905 : « Paul Dumoulin, débiteur envers la succession de sommes considérables, était tenu de rapporter ces sommes à la masse (c. civ. 829), et que, ce rapport n'étant pas effectué, les cohéritiers à qui il était dû étaient autorisés à prélever une portion égale sur l'actif successoral (c. civ. 830) ». La compréhension de cette formule dépend des difficiles notions de *succession* et de *masse*, mais, quoiqu'elle vaudrait parfaitement pour le rapport en nature (et pour la part fictive du rapport en valeur[32]), elle est tout de même, appliquée à des sommes, clairement personnaliste. Même idée, toujours Lyon, 29 mars 1905 : « si un rapport (= rapport en nature) n'est pas fait, celui des cointéressés qui le *doit* (nous soulignons) se remplit, en ne l'effectuant pas, de ses droits à concurrence de sa *dette* (petite théorie du rapport en valeur – idée de compensation ?[33]) et le prélèvement opéré par les autres, en vue de rétablir l'équilibre, d'assurer l'égalité entre copartageants, est exercé par eux à titre, non de créanciers, mais de copropriétaires prenant leur part dans l'avoir commun ». Repris sans insistance par Ch. réun. 1907. Les prélèvements se situent avant la composition des lots, et prélèvements « au profit des cohéritiers à qui un rapport est dû en moins prenant »[34].

En outre, toujours dans l'affaire Chollet, la cour de Lyon et la cour de cassation adoptent la théorie germaniste du rapport en valeur. Le rapport est dû aussi à la masse (« la part de Paul Dumoulin dans le prix d'adjudication n'a pas été déterminée dès l'origine d'une façon définitive »). Mais quelle que soit d'ailleurs l'explication adoptée du rapport en valeur, personne ne conteste que dans cette opération le créancier copartageant est privilégié sur le créancier étranger.

**CONCLUSION DANS LE CAS OU DAME FRECON EST CREANCIER PERSONNEL.** — Si le résultat du rapport frauduleux est le même d'une analyse à l'autre, la question principale est de savoir si la façon de le réparer change, au contraire, en fonction

---

[31] T.civ. St Claude, 28 avril 1901 ; Besançon, 15 nov. 1901 ; Civ., 21 juin 1904 ; Lyon, 29 mars 1905 ; Ch. réun., 5 dec. 1907, cf. *supra* note 3 sous n°188.
[32] Cf. n°533.
[33] Cf. note 17 sous n°599.
[34] Sous Ch. réun. 7 déc. 1907, A. Colin cite arrêt Moinet, Ch. réun. 16 janv. 1858.

de l'analyse. La question de mesurer l'étendue exacte de la fraude, pour savoir jusqu'où l'on doit tenir compte de la donation, n'est plus que secondaire.

### III *Analyse classique en terme de partage expropriation*

Selon la théorie classique du partage expropriation, l'analyse du rapport, nécessaire à la réparation de la fraude, s'effectue en terme d'obligations, entre indivisaires, à tous les stades de l'opération. Ce sont les coïndivisaires du gratifié tenu au rapport qui sont directement ses créanciers. La masse n'est pas considérée *ut universi* comme une entité créancière. L'avancement d'hoirie génère, à la charge du gratifié, autant de dettes qu'il y a de coïndivisaires, dettes évaluées au prorata des droits de chacun sur le montant de la donation. Ainsi une donation d'un montant de 18 *quirat* (234.500 fr.) génère deux dettes d'un montant de 6 *quirat*. Remarquons que si ordinairement le rapport en valeur des libéralités ne concerne que les copartageants, ici le caractère frauduleux de la donation la fait traiter comme un prêt. Le jour du partage, le rapport en valeur de cette somme signifie qu'elle est comptabilisée[35]— et, ce faisant, rapportée fictivement — pour l'évaluation de la masse partageable et la liquidation des parts idéales de chacun. Deux solutions.

1° Mais il peut être question, pour faire échec à, et en sanction de la fraude, d'éviter cette opération et de traiter les dettes en cause comme des dettes ordinaires désolidarisées du partage. Au lieu de compter la somme donnée plus les deux portions de même valeur que prélèvera Ferdinand et dame Dorier, soit 54 *quirats* (703.500 fr.), la portion en cause de la masse en nature ne serait plus que de 36 *quirats* (469.000 fr.) ; et dès lors, la part idéale de chacun des trois héritiers, au lieu d'être de 18 *quirats*, serait de 12 *quirats*. Gustave aurait dû prendre une part en nature de 12 *quirats*, plutôt que rien, et ses copartageants de 12 plutôt que 18. De telle sorte que puisque Ferdinand et dame Dorier ont réellement touché 18 *quirats* en nature à cause du rapport, et Gustave rien, ils lui doivent chacun 6 *quirats*, sans que leur créance de 6 *quirats* contre lui ne puisse entrer en compte. Les dettes envers Gustave ne se compensent pas avec les dettes

qui demeurent, à cause de la donation, à la charge de celui-ci, envers les deux autres. Pas plus de concours. Dame Frécon, créancière de Gustave, est donc en droit de poursuivre les débiteurs de son débiteur, sans que ceux-ci ne puissent lui opposer la compensation avec la créance qu'ils ont contre lui à cause du rapport.

2° Si l'on maintient au contraire le rapport comptable de la somme dans la masse (54 *quirats*), l'on peut, ou non, obtenir le même résultat, tout dépend. Intégrée à la masse pour le calcul des parts idéales, la somme fictive est reprise ensuite par le gratifié, pour la liquidation de sa dette — il n'est pas question d'attribuer cette somme fictive à ses copartageants, que ce soit pour le tout (9 *quirats*) ou pour partie (6 *quirats*), ce qui générerait une obligation telle que ce soit à Gustave de prélever. Gustave étant débiteur de ses coïndivisaires, le rapport en valeur signifie, à ce stade, qu'en contrepartie de la dette du gratifié ses coïndivisaires vont chacun prélever des biens, directement dans la masse indivise, pour un montant de 18 *quirats* (234.500 fr.) qui équivaut à la donation, qui les allotis d'autant et qui est susceptible de les endetter à leur tour, et toujours selon le même mécanisme, chacun vis-à-vis des autres, pour 6 *quirats* (78 166 fr.). Les obligations, réciproques et d'égale valeur, s'éteignent par compensation (cf. n°678).

Faire échec au rapport pourrait donc signifier ici que, même si le prélèvement a lieu (ce qui est forcé vu que la somme a été intégrée à la masse), il faut faire obstacle à la compensation, en la rendant inopposable au créancier personnel de Gustave Frécon. Les lots de Ferdinand et Dorier se composent de la créance contre Gustave Frécon et de leur part (6 plus 12 *quirats*), de même que le lot de Gustave Frécon, et celui-ci doit donc réclamer son lot en nature, 12 *quirats*, deux fois 6. De la sorte, dame Frécon trouve, à l'actif de son débiteur, deux créances de 6 *quirats* (78.166 fr.) contre les copartageants de ce dernier (mais sans, bien sûr, que le payement n'en soit garanti — contre leurs éventuels créanciers personnels — sur les parts qu'ils ont reçu). Non seulement la

[35] Cf. n°548.

compensation n'a point lieu au profit des copartageants mais mieux, l'épouse de Gustave ne subit pas le concours avec eux.

Voilà ce qu'aurait été une solution fondée sur l'analyse classique en terme de partage expropriation. Mais comme personne n'y a pensé et que l'analyse consacrée en jurisprudence leur donnait tort, cela conduisit peut-être les défenseurs de Rolland à modifier toute l'analyse de la situation.

**CONCLUSION. LE CAS DE DAME FRECON, CREANCIER SUCCESSORAL.** — La seconde manière envisage l'action de dame Frécon en tant que créancière d'Auguste (Frécon *père*), auteur de la fraude, puis, au décès de celui-ci, comme créancier successoral de la cohérite Frécon, dont l'un (Gustave) est tenu au rapport à cause de la fraude dont les deux autres (Ferdinand et sa sœur) sont les complices. Auguste est débiteur d'une *indemnité*, compensatrice de l'impossibilité où, le jour de son testament, il a placé le créancier de son fils d'être payé. Il s'agit de reconstituer le gage du créancier de Gustave, et non plus tant la part successorale de ce dernier. Il nous semble critiquable de voir une réelle obligation directement entre le *de cujus* et l'épouse de Gustave, qui a seulement obtenu que le rapport de la donation frauduleuse dont elle est victime lui soit inopposable. Est-ce que plus subtilement le défunt serait débiteur d'une part successorale, *envers son fils*, et, comme cette part entrerait dans le gage du créancier, par l'action oblique ce créancier la réclamerait au *de cujus* ? Ce n'est pas l'opération de la reconstitution de la part de Gustave Frécon qui peut être due à son créancier personnel par le *de cujus*, puis par ses successeurs (cf. Cour de Lyon, 7 fév. 1911), ni, plus globalement et en amont, l'obligation de remise des choses en l'état[36].

La formule précitée du pourvoi peut faire désormais l'objet d'une relecture, sous ce point de vue : « l'obligation de remettre les choses en l'état antérieur, qui incombe (…) *au donateur* (dette du *de cujus* envers dame Frécon),

[36] Cf. note au Sirey.1914.1, qui tourne la question de la dette successorale de travers, tandis que M. Nast, au contraire, a très bien vu qu'il s'agissait d'une dette de Frécon père envers l'épouse de son fils — dans sa note sous Trib. Brive, 27 janv. 1938, D.1939.2.53 (n°2, 3 et 4 p. 53, 1re col.).

se divise de plein droit (…) *passivement* entre les héritiers du donateur décédé, de telle sorte que chacun d'eux doit y contribuer pour sa part (etc., nous soulignons). » C'est donc le pourvoi qui a incidemment déplacé la cause sur le terrain des droits du créancier successoral. Réponse est donnée, dans l'arrêt de rejet, subsidiairement, et par substitution de motifs. Selon les termes de la Cour de cassation, il résultait pour le père, de sa participation à l'acte préjudiciable à dame Frécon, une dette. Coupable d'avoir manigancé toute l'opération, le défunt devenait personnellement débiteur. Dans le 2ème attendu de l'arrêt de rejet, les formulations traitent clairement de la dette d'Auguste Frécon envers sa belle-fille : « dette résultant pour lui (le père des demandeurs en cassation) de sa participation à l'acte préjudiciable à la dame Frécon », ou « dette de leur (les mêmes) père ». La chambre des requêtes estime que les héritiers sont débiteurs chacun seulement d'un tiers de cette dette. Mais prise globalement, la formulation qu'elle donne de la question n'est pas moins confuse que celle du pourvoi : « la seule question qui se posait était de savoir si les demandeurs en cassation, *débiteurs seulement, comme héritiers de leur père, d'un tiers chacun de la dette résultant pour lui de sa participation à l'acte préjudiciable à la dame Frécon,* devaient être tenus de subir ce rapport pour le tout, sauf leur recours pour un tiers contre leur frère Gustave Frécon, ou s'ils n'étaient obligés de contribuer au paiement de cette *dette de leur père* que pour un tiers chacun (nous soulignons). » Ou aussi : « La dette dont le père était tenu par suite de la fraude commise .»

Il reste que c'était situer la *discussion* sur le terrain des droits du créancier successoral et de la division des dettes[37]. Terrain sur lequel l'analyse germaniste[38] s'oppose aux analyses classiques fondées sur la division des dettes[39].

[37] V. note 33 sous n°44.
[38] V. note 60 sous n°576, et aussi 210 (créancier successoral), 211 et 214 (prix de vente), 215 (division des dettes), 216, 622 (réparation de la fraude) et 633 (le pouvoir de prélever, cf. aff. Chauvac-Valéry, Trib. civ. Brive, 27 janv. 1938, précitée *D.* 1939.2.53 et L. 1976)
[39] V. l'analyse classique fondée sur le partage cession des quotes-parts, n°646 et la *solution* de la théorie du partage expropriation, 679 et aussi 466 (droits du créancier successoral et rapport), 579 (solidarité en cas de fraude), 580, 641-644 (mécanisme).

# Bibliographie

## 1. Ouvrages généraux

Accurse, *[Glossa in] Corpus iuris ciuilis iustinianei*, Aureliae, 1625, 6 vol.

Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris : Vrin, 1997.

*Organon*, *Les Premiers Analytiques*, Paris : Vrin, 1992, t. 3.

*La poétique*, trad. M. Magnien, Paris : Le livre de poche, 1990.

*La politique*, trad. J. Aubonnet, Paris : Les belles lettres, 1960-1989, 5 vol.

Arnaud (A.-J.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris : LGDJ, Bruxelles : E. Story-Scientia, 1988, v° *Fiction*.

Atias (C.), *Les personnes. Les incapacités*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1985.

*Epistémologie juridique*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1985, 222 p. ; nouvelle édition refondue.

Aubert (J.-L.), *Introduction au droit*, coll. Que sais-je ?, 3ème éd., Paris : Puf, 1984.

Aubry (Ch.) et Rau (Ch.), *Cours de droit civil français*, 2ème éd., 5 vol., Strasbourg, 1839/46, 3ème éd., Paris, 1856, 4ème éd., 8 vol., Paris, 1867-1879, 5ème éd., par E. Bartin, 6ème éd., par P. Esmein, 7ème éd. par A. Ponsard.

Bachofen (J.J.von), *Le droit maternel. Recherche sur la gynécocratie de l'antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, trad. fr. du *Das Mutterrecht* (1861) par E. Barilier, Paris : L'Age d'homme, 1996.

Bailly (A.), *Dictionnaire Grec-Français*, Paris : Hachette, 1906.

Barthélémy (J.), préface à *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, A. Esmein, 6ème éd., Paris : Sirey, 1914.

Bartole (S. de), *In primam Digesti Novi Partem*, Venetiis, 1567.

*In secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis, 1567.

Battifol (H.), *Droit international privé*, 5ème éd., Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1971, t. 2.

Baudry-Lacantinerie (G.) et Wahl (A.), *Des successions* (t. 8 du *Traité théorique et pratique de droit civil*), 3ème éd. avec la collaboration de A. Colin, Paris : L. Larose et L. Tenin, 1905, t.2.

Beaud (O.), préface de Schmitt (C.), *Théorie de la Constitution*, coll. Léviathan, Paris : Puf, 1993.

Beaumanoir (Ph. de), *Coutumes de Beauvaisis*, A. Salmon éd., Paris : Picard, 1970, 2 vol.

Bénabent (A.), *Les obligations* (vol. du *Droit civil*), coll. Domat-droit privé, 7ème éd., Paris : Montchrestien, 1999.

Benveniste (E.), *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris : Les Editions de Minuit, 1969, 2 vol.

Bergel (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Paris : Puf, 2001.

*Théorie générale du droit,* 4ème éd., Paris : Dalloz, 2004.

Berriat Saint-Prix (F.), *Manuel de logique juridique à l'usage des étudiants, des candidats de concours, des avocats, des magistrats et de tous ceux qui traitent des questions de droit. Guide pour les thèses de licence, de doctorat, de concours*, 2ème éd., Paris : Cotillon, 1876.

Berriat Saint-Prix (J.), *Précis du cours de législation*, Grenoble : Allier, an XI-XII [1803-1804], 2 t.

*Précis d'un cours sur les préliminaires du droit*, Grenoble : Allier, 1809.

*Histoire du droit romain*, Paris : Nève, 1821.

*Cours de procédure civile*, Paris : Nève, 1813, 2 vol.

Bertauld (A.), *Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon*, Paris : Cosse, Marchal, 1re série, 1869.

Beseler (G.), *Die Lehre von den Erbverträgen* , Göttingen: Dietrich, 1835, vol.1.

*Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig: Weidmann, 1843.

*System des gemeinen deutschen Privatsrechts*, 2ème éd., Leipzig: Weidmann'sche Buchhandlung, 1847, Berlin : Weidmann, 1866.

Beudant (C.), *Les successions ab intestat*, *Cours de droit civil français publié par R. Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière*, avec la collaboration de R. Le Balle, 2ème éd., Paris : Rousseau, 1936, t.5 bis.

Bluntschli (J.-C.), *Théorie générale de l'état*, trad. de Riedmatten (A.), Paris : Guillaumin, 1877 (2ème éd., 1881).

Bodin (J.), *Exposé du droit universel*, édition bilingue latin et fr. trad. L. Jerphagnon du *Juris universi distributio*, Paris : PUF, 1985.

Boistel (A.), *Cours de droit commercial*, Puf, 4ème éd., Paris, 1890.

*Théorie juridique du compte courant*, Paris : E. Thorin, 1883.

*Cours de philosophie du droit professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, 1899, 2 vol.

Bonnecase (J.), *Supplément au Traité th. et pr. de dt. civ. de Baudry-Lacantinerie*, Paris : Sirey, 1928, t.4.

Bourjon (F.), *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, Paris : Grangé, 1770, t.1.

Brodeau (J.), *La vie de maistre Charles Du Moulin…* Paris, 1654.

Capitant (H.), *Introduction à l'étude du droit civil, 5ème éd.,* Paris : Dalloz, 1916

*De la cause des obligations*, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1926.

*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris : Dalloz, 10ème éd. par Y. Lequette, 1984, 11ème éd., 2000, t.1.

Carbonnier (J.), *Droit civil*, coll. Thémis – Droit privé, Paris : Puf, de 2 à 5 vol, suivant les éditions. Nous avons cité en particulier : t.2 , *Les biens et les obligations*, 4ème éd., 1964, 823 p. / t.1 : *Introduction à l'étude du droit et droit civil*, 7ème éd., 1967, 800 p. ; *Les obligations*, 12ème éd. 1985 ; *Les biens*, 13ème éd., 1990 / t.4 : *Les obligations*, 21ème éd., 1998 ; *Les personnes*, 21ème éd., Paris, 2000.

*Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6ème éd., Paris : LGDJ, 1988.

Cassien (St J.), *Institutions cénobitiques*, trad. J.-C. Guy, Paris : Cerf, 1965.

Catala (P.), *La réforme des liquidations successorales*, 2ème et 3ème éd., Paris : Rép. Defrénois, 1982.

Chabot de l'Allier (G.-A.), *Commentaire sur la loi des successions*, 6ème éd., Paris, 1832, t.2, 1831, t.3; nouvelle éd., 1839.

Challaye (F.), *Histoire de la propriété*, coll. Que sais-je ? », 5ème éd., Paris : Puf, 1958.

Cicéron, *De l'orateur*, livre 1, trad. E. Courbaud, Paris : Les belles lettres, 1985, livre 1.

*De la divination*, édition revue et corrigée, Paris : Les belles lettres, 2003.

*Topiques*, trad. H. Bornecque, Paris : Les belles lettres, 1990.

*Traité des lois*, trad. De Plinval, Paris : Les belles lettres, 1968.

Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris : Dalloz, 1916, t.3 ; 1924, t. 3 ; 7ème éd. en collaboration avec L. Julliot de La Morandière, 1931, t.1, 1932, t.3.

Colomer (A.), *Droit civil. Régimes matrimoniaux*,10ème et 12ème éd., Paris : Litec, 2004.

Congar (Y.), *L'Eglise de Saint Augustin à l'époque moderne*, coll. Histoire des dogmes, Paris : Cerf, 1970.

Coquille (G.), *Les Œuvres de Maître Guy Coquille*, Paris, 1703, 2 t. en 1 vol.

Corbin (H.), *Le paradoxe du monothéisme*, Paris : L'Herne, 1981.

Cornu (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, 8ème éd., Paris : Puf, 2000.

Coulanges (F. de), *La cité antique,* Paris : Hachette, 1948.

Cozian (M.) et Viandier (A.), *Droit des sociétés*, 2ème éd., Paris : Litec, 1988.

Cujas (J.), *Praestantissimi opera omnia in decem tomos distributa,* Ed. nova Opera et Cura Caroli Annibalis Fabrot, 1658.

Dabin (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruxelles : éd. Bruylant ; Paris : Sirey, 1935.

Dagot (M.), *Les règlements successoraux après la loi du 3 juillet 1971*, 2ème éd., Paris : Litec, 1979.

David (R.), *Les grands systèmes de droit contemporain*, Précis Dalloz, 3ème éd., Paris : Dalloz, 1969.

De Lubac (H.), Corpus Mysticum. *L'eucharistie et l'église au moyen âge*, 2ème éd., Paris : Aubier, 1944, Paris, 1949.

Declareuil (J.), *Rome et l'organisation du droit*, Paris: La renaissance du livre, 1924.

Demante (A.-M.), *Cours analytique de Code civil*, 2ème éd., Paris : éd. Plon, Nourrit et Cie, 1883-96, t.1 et 3.

Demogue (R.), *Les notions fondamentales du droit privé; essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris : A. Rousseau, 1911.

Demolombe (C.), *Cours de Code Napoléon*, 2 éd., Paris : Auguste Durand, L. Hachette, 1860, vol. 10.

*Traité des successions*, 5 t., vol. 13-17 du *Cours de Code Napoléon*, 1re éd. 1856-1860, 2ème éd. 1861-1863, 3ème éd. par Guillouard, Paris, 1866-1867 [t.3, 1867, t.5, 1867], 4ème éd., 1869-1870 [t.3, 1870], nouv. éd., 1880-1885.

Dernburg (H.), *Pandekten*, 5ème éd., Berlin: H. W. Müller, 1896-97.

Domat (J.) (1625-1696), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris : Le Clerc, 1777.

Doneau (H.) (1527-1591), *De jure civili*, Norimbergae, 1801.

Donnier (M.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 3ème éd., Paris : Librairies Techniques, 1993.

Donoso Cortès (J.) [1809-1853], *Œuvres de Donoso Cortès*, Paris : Vaton, 1858, 3 t. ; le t.3, 1859, contient une 2ème édition de l'essai, *Le catholicisme, le libéralisme et le socialisme* (*reprint*, D. Martin Morin, 1986, sans les notes des traducteurs).

*Essai sur le catholicisme, le libéralisme et le socialisme*, Paris, 1851.

*Lettres et discours de M. Donoso Cortès*, Paris : Lecoffre, 1850.

*Droit et monnaie*, Actes du colloque de l'Assoc. intern. de droit économique, 1988.

Dubouchet (P.), *La pensée juridique avant et après le Code civil*, 2ème éd., Lyon : L'Hermès, 1991.

Du Caurroy (A.-M.), avec la collaboration de E. Bonnier et J.-B.-P. Roustain, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris : G. Thorel, 1848-1851, 2 vol.

Dufour (A.), dans ses notes à sa traduction de F. C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris : Puf, 2006.

Duguit (L.), *Traité de Droit constitutionnel*, 2ème éd., 1921, t.1, 3ème éd., t.1, Paris, 1927, t.2, Paris, 1928.

Dumézil (G.), *Idées romaines*, Paris : Gallimard, 1969.

Dumoulin (C.), *Caroli Molinae, Opera quae extant omnia*, Paris : Alliot et Clément, 1658, 4 vol. ; *Omnia quae extant opera*, Paris, 1681, 5 vol.

Du Pasquier (Ch.), *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Paris : Delachaux et Niestlé, 1988.]

Duranton (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4ème éd., Paris, 22 vol. de 1825 à 1844 (vol. 12, 1844).

Engels, *L'origine de la famille, de la propriété et de l'Etat*, Moscou : Éditions du Progrès, 1884.

Esmein (P.), Radouant (J.), et Gabolde (G.), *Obligations* (vol. 7 du *Traité pratique de droit civil français* de M. Planiol et G. Ripert), 1re éd., Paris : LGDJ, 1931.

Evola (J.), *Révolte contre le monde moderne*, Bibliothèque L'Âge d'homme, Paris : les éditions de L'Homme, 1972.

Expilly (C.), *Playdoyez*, Lyon : Radisson, 1656.

Fassò (G.), *Histoire de la philosophie du droit*, trad. C. Rouffet, coll. Bibliothèque de philosophie du droit, Paris : LGDJ, 1976.

Fenet (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris : Videcoq, deux éditions : 1827 et 1836, 15 v. : t.1 et 2 (texte des divers projets), t.2 à 5 (observations du tribunal de cassation – t.2 - et des – 28 - tribunaux d'appel sur le projet présenté par la commission du gouvernement – t.3 à 5) et t.12 (discussions, motifs, rapports et discours *relatifs aux titres 1 et 2 du livre 3 du Code*).

Flour (J.) et Souleau (H.), *Les successions* (Droit civil I), coll. « U », Paris : Armand-Colin, 1re éd. 1982, 2ème éd., 1987, 3ème éd. 1991.

– et Champenois (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Paris : Armand Colin, 1995.

Fourastié (J.), *La comptabilité*, coll. Que sais-je ?, 17ème éd., Paris : Puf, 1988.

Frydman (B.), *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, coll. « Penser le droit », Bruxelles : Bruylant-LGDJ, 2005.

Gaius, *Institutes*, trad. Reinach (J.), Paris : Les belles lettres, 1991.

Gaudemet (J.), *Le droit canonique*, Paris : Cerf, 1989.

Gény (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, préface R. Saleilles, 2ème éd., Paris : LGDJ, 1919, 2 t.

*Science et technique en droit privé positif*, *Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris : L. Tenin, 1914 et 1915, éd. 1921, 2 t.

Gierke (O. von), *Volksrecht und Juristenrecht* [Droit populaire et droit savant], Leipzig, 1843.

*System des gemeinen deutschen Privatrechts* [Système du droit privé allemand], 2ème éd., Leipzig, 1847, 1866.

*Das Deutsche Genossenchaftrecht*, Berlin: Weidmann, 1913, 3ème vol.

*Monographie de Johannes Althusius*, Breslau : M. & H. Marcus, 1880.

*Die Genossenchaftstheorie und ihre Rechtsprechung*, Berlin: Weidmann, 1887.

*Deutsches Privatrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.

*Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin, 1902.

*Les théories politiques du moyen âge*, introduction de F.W. Maitland (Cambridge), trad. par J. de Page, Paris : Sirey, 1914, traduction d'une section du troisième volume *Das Deutsche Genossenchaftrecht* intitulée *Die publicistischen Lehren des Mittelalters*.

Giffard (A.-E.) et Villers (R.), *Droit romain et ancien droit français : les obligations* , 4ème éd., Paris : Dalloz, 1976.

Ginossar (S.), *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris : LGDJ, 1960.

Girard (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris: Arthur et Rousseau, 5ème éd. 1911, 8ème éd. 1929, revue par F. Senn, réimpr. 1978, 2 vol.

- et Senn (F.), *Textes de droit romain*, 7ème éd. par un groupe de romanistes, Paris: Dalloz, 1967.

Grimaldi (M.), *Droit civil. Successions*, Paris : Litec, 2ème éd., 1992, 5ème éd. 1998, 6ème éd. 2001.

Grimm (J.), Von der Poesie im Recht, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenchaft*, t.2 (1815) et *Kleinere Schriften*, t.6, pp. 152-191.

*Deutsche Rechtsalterthümer*, Göttinge, 1828, 2 vol..

Guénon (R.), *Introduction générale à l'étude des doctrines hindoues*, Paris : Guy Trédaniel, 1997, 326 p.

*La crise du monde moderne*, Paris : Gallimard, 1973.

Hauriou (M.), *Précis de Droit constitutionnel*, 6ème éd., Paris : Sirey.

*Principes de Droit public*, Paris : Sirey, 1910.

*Précis de droit administratif*, 11ème éd., Paris, 1927.

Hegel, *Principes de la philosophie du droit* ou droit naturel et science de l'Etat en abrégé, Coll. :Bibliothèque des textes philosophiques, Paris : J. Vrin, 1991.

Hobbes (T.), *Léviathan* (édition anglaise, 1651), trad. F. Tricaud, coll. Philosophie politique, Paris : Sirey, 1971.

Hocine (L.), *La consultation et la logique juridique en droit privé par la méthode et l'exemple*, Grenoble, 1983.

*La dissertation et la logique juridique en droit privé par la méthode et l'exemple*, Grenoble, 1983.

Hotman (F.), *Antitribonian*, s.n., 1567 (impr. Paris, 1603).

Hulot (H.) *et al.*, *Corps de Droit civil Romain, en latin et en français*, réimpr. de l'éd. de 1803-1811, Aalen (Allemagne) : Scientia Verlag Aalen, 1979, 17 vol., t.1-7, *Digeste*, t.8-11, *Code*, t.12, *Institutes*, t.13-14, *Novelles*, Sup. 1-3.

Huvelin (P.), *Cours élémentaire de droit romain*, Paris : Société anonyme du Recueil Sirey, 1927, t.1.

Ihering(R.von), *L'esprit du droit romain*, trad. de la 1re éd. (1865) de *Geist des römischen Rechts*, 2ème éd., Paris : A. Morescq aîné, 1880.

*La lutte pour le droit*, trad. de *Der Kampf um's Recht*, 9ème éd., Paris, 1890.

Jacob (F.) et al., *Code civil*, 101ème éd., Paris : Dalloz, 2002.

Jolles (A.), *Formes simples*, traduit de l'allemand par A.-M. Buguet, coll. Poétique, Paris : Seuil, 1972.

Josserand (L.), *Cours de droit civil*, 3ème éd., Paris : Sirey, 1940, vol. 3.

Julliot de la Morandière (L.), *Précis de Droit civil,* publié d'après le Cours élémentaire de Droit civil d'Ambroise Colin et Henri Capitant, coll. Précis Dalloz, 9ème éd., Paris : Dalloz, 1950, t.2.

Kantorowicz (E.), *Les deux corps du roi, essai sur la théologie politique au Moyen-Age*, trad. de l'anglais par J.-P. Genet et N. Genet, coll. Bibliothèque des histoires, Paris : Gallimard, NRF, 1989 (trad. de *The King's two Bodies. A Study en Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, 1957).

*Mourir pour la patrie et autres textes*, présentation de P. Legendre, trad. L. Mayali et A. Schütz, coll. pratiques théoriques, Paris : Puf, ( E. Balibar et D.Lecourt), 1984.

Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, adaptée de l'allemand par H. Thévenaz, 2ème éd. revue et mise à jour, Neuchâtel : la Baconnière, Etre et penser, cahiers de philosophie, 1988.

Krueger et Mommsen (éd.), *Corpus Juris Civilis*. Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1954, 1968 (édition critique en deux vol.).

Lalande (A.) , *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 8ème éd., rev. et augm. Paris : Puf, 1960.

Langdell (C. C.), *A summary of the law contracts*, Littleton, Colo. : F.B. Rothman, 1980.

Laurent, *Principes de droit civil français*, 3ème éd., Paris, 1859-1898, t.10, 1978.

Le Bras (G.), *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident, Prolégomènes*, Paris : Sirey, Cujas, 1955, t.1.

Lebrun (D.), *Traité des successions*, remarques d'Espiard, 5ème éd, Paris, 1743 et 1775.

Legendre (P.), *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique,* coll. « Le champ freudien », Paris : Seuil, 1974.

*Jouir du pouvoir*, Paris : Editions de Minuit, 1976.

*Le dossier occidental de la parenté*, Paris : Fayard, 1988.

Le Play (F.), *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuples européens*, New York : Arno Press, 1975.

Lévy (E.), *La vision socialiste du droit*, préface E. Lambert, coll. Internationale des Juristes Populaires, Paris : Girard, 1926 (recueil de 9 articles).

*Les fondements du droit*, 1933.

Lévy Bruhl (L.), *L'âme primitive* [Paris, Alcan, 1910], coll. Quadrige, Paris : Puf, 1996 (1re ed. 1927).

Louet, *Recueil d'arrêts*, 1742, t.2.

Loyseau (C.), *Traité du déguerpissement et du délaissement par hypothèque*, Lyon, 1701, Genève, 1636.

Lyon-Caen (Ch.) et Renault (L.), *Manuel de droit commercial (y compris le droit maritime)*, 10ème éd., Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1910.

Magdelain (A.), *Ius, Imperium, Auctoritas. Etudes de droit romain*, Collection de l'Ecole française de Rome, n° 133, Rome, École française de Rome, Paris : diff. De Boccard, 1990.

Maitland (F.), introduction à Gierke (O.), *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris : L. Tenin, 1914, p. 19.

Malaurie (Ph.) et Aynès (L.), *Les obligations*, vol. 6 du *Cours de droit civil*, 10ème éd. 1999/2000, Paris : Cujas, 1999.

*Les successions. Les libéralités*, vol. 5 du *Cours de droit civil*, Paris : Cujas, 2ème éd., 1993, 4ème éd., avec le concours de P.-J. Claux et N. Gouzigou-Suhas, 1998.

Maleville, (J. de), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État* , Paris : Garnery et Laporte, Vve Nyon, An XIV (1805), t.2, [3ème éd. Paris : Nève, 1822, vol. 4].

Marcadé (V.N.), *Eléments du droit civil français*, ou *Explication méthodique et raisonnée du code civil*,5ème éd., Paris : Cotillon, 1859, vol. 1.

Martin (F.-O.), *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris : Leroux, t.1, 1922, t.3, fasc. 2, 1930.

Marty (G.) et Raynaud (P.), *Introduction générale à l'étude du droit* (*Droit civil*), 2ème éd., Paris : Sirey, 1972.

*Les biens* (*Droit civil*), 2ème éd., Paris : Sirey, 1980.

Massignon (L.), *Parole donnée*, coll. 10/18, Paris : Union générale d'éditions, 1970.

Maury (J.) et Vialleton (H.), *Successions* (t.4 du *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert), Paris : LGDJ, 1ère éd., 1928, 2ème éd., 1956.

Mauss (M.), *Sociologie et anthropologie*, 6ème éd., Paris : Puf, 1950, 1978.

Mazeaud (H., L. et J.), *Introduction à l'étude du droit* (t.1, vol. 1 des *Leçons de droit civil*), 5ème éd. par M. de Juglart, Paris : Montchrestien, 1972.

*Les personnes : la personnalité* (t.1/ vol. 2 des *Leçons de droit civil*), Paris : Montchrestien, 6ème éd. par F. Chabas, 1981.

*Obligations. Théorie générale* (t.2/vol.1 des *Leçons de droit civil*), Paris : Montchrestien, 6ème éd. par F. Chabas, 1978, 9ème éd. par F. Chabas, 1998.

*Successions-Libéralités*, (t.4/vol. 2, des *Leçons de droit civil*), Paris : Montchrestien, 2ème éd. par M. De Juglart, 1971, 3ème éd. par A. Breton, 1980, 4ème éd. par A. Breton, 1982, 5ème éd. par L.Leveneur et S. Mazeaud-Leveneur, 1999.

Mendegris (R.), *Le commentaire d'arrêt en droit privé*, coll. Méthodes du droit, 2ème éd., Paris : Dalloz, 1983.

Merlin de Douai, (Merlin P.-A., dit), *Recueil alphabétique de questions de droit qui se présentent le plus fréquemment dans les tribunaux*, 2ème éd., Paris : Garnery, 1810/1812, 8 vol., 4ème éd., 1810-1830.

Meurer (C.), *Die juristischen Personen nach dem Reichsrecht,* Stuttgart: Enke, 1901.

Michelet (J.), *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, Paris, 1837.

Michoud (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris : LGDJ, 1906-1909, 2ème éd. par L. Trotabas, 1924, 3ème éd. par L. Trotabas, 1932.

Monier (R.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 4ème éd., Paris: Domat-Montchrestien, 1944, 1947, rééd. anast., Aalen: Scientia Verlag, 1970, 2 t.

Montanier (J.-C.), *Le contrat*, 3ème éd., Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 2000.

Mourlon (F.), *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, 7ème ed., Paris, 1866, cont. par Demangeat, 13ème éd. 1896.

Nast (M.), *Régimes matrimoniaux*, 2ème partie (tome 9 du Planiol et Ripert), Paris : LGDJ, 1927.

Novicow (J.), *Conscience et volonté sociales*, Paris : V. Giard et E. Brière, 1897.

Ors (A. d'-), *Une introduction à l'étude du droit*, trad. A. Sériaux, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, 114 p. , 2ème éd., 2001, 158 p.

Ourliac (P.) et Malafosse (J. de), *Droit romain et ancien droit*, Paris: Puf, 1957-1968, (1969-1971), 3 t.

Patault (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1989.

Panofsky (E.), *La sculpture funéraire. De l'ancienne Egypte au Bernin*, coll. Idées et Recherches, Paris : Flammarion, 1995.

Perelman (C.), *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, coll. Méthodes du droit, 2ème éd., Paris : Dalloz, 1979.

Petit (E.), *Traité élémentaire de droit romain*, Paris: Rousseau, 1920.

Picard (E.), *Le Droit Pur*, coll. Bibliothèque de philosophie scientifique, Paris : Flammarion, 1908.

Picard (M.), *Les biens* (t. 3 du Planiol et Ripert), 1ère éd., Paris : LGDJ, 1926.

Pierre Damien, *Seul et ensemble*, Opuscule 11, (trad. L.-A. Lassus), PL 145.

Planiol (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Paris : LGDJ, t.1 et t.3 (*Régimes matrimoniaux. Successions. Donations et testaments*), éd. 1900-1901 ; 3ème éd., t.1, 1904, t.2, 1905, et t.3, 1905 ; t.1, 1914.

Platon, *La pléïade*, 2 vol.

Pothier (R.-J.), *Œuvres*, éd. Bugnet, 2ème éd., Paris : éd. Bugnet, 1861, t.1 *Commentaire de la Coutume d'Orléans*, t.2, t.3 *Traité du contrat de vente*, t.7, t.8 *Traité des successions*.

*Traité des obligations*, Paris et Orléans, 1761, 2 t., 591-506 p.

Raffegeau (J.) et al., *Comptable*, coll. Mémento pratique, Paris : Francis Lefebvre, (rééditions régulières).

Raynaud (Ph.), *Les successions et les libéralités*, Paris : Sirey, 1983.

Regelsberger (F.), *Pandekten*, Leipzig : Dunker et Humblot, 1893, vol. 1.

Révigny (J. de), *Commentaria in Dig. 3.4.7.2.*

Ripert (G.) et Boulanger (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris : LGDJ, t.2, 2ème éd., 1947, 4ème éd. 1951, t.1., t.3 et t.4, éd. 1959.

*Le déclin du droit*, Paris : LGDJ, 1949.

*Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., Paris : LGDJ, 1955.

Roguin (E.), *Traité de droit civil comparé*, Paris : F. Pichon et Durand-Auzias, 1904-1912, 7 vol.

Roland (H.) et Boyer (L.), *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, II Adages, A à L, Lyon : L'Hermès, 1978.

– et Boyer (L.), *Adages du droit français*, 3ème éd., Paris : Litec, 1992.

Roubier (P.), *Théorie générale du droit*, 2ème éd, Paris : Sirey, 1946.

Saleilles (R.), *Essai d'une théorie générale de l'obligation, d'après le projet de Code civil allemand*, Paris : F. Pichon, 1890.

*Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1925 [Réimpression, coll. Références, Paris : La mémoire du droit, 2001].

*De la personnalité juridique*, *Histoire et théorie*, 2ème éd., Paris, 1910, 1922.

Savatier (R.), *Les personnes* (t. 1 du Planiol et Ripert), 1re éd., Paris : LGDJ, 1925.

*La théorie des obligations en droit privé économique*, coll. Précis Dalloz, 4ème éd., Paris : Dalloz, 1979.

*Le droit comptable au service de l'homme*, Paris : Dalloz, 1969.

Savigny (F. C. von), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. A. Dufour, Paris : Puf, 2006.

*Histoire du droit romain au Moyen-Age*, Paris, 1839, vol. 2.

*Traité du droit romain*, trad. Guenoux, Paris : Didot, 1841.

Schmidlin (B.), C.A. Cannata, *Droit romain*, 2ème éd., Köln, Wien, Bohlau 1988, 2 t.

Schmitt (C.), *Parlementarisme et démocratie*, trad. J.-L. Schlegel, préface de P. Pasquino, Paris : Seuil, 1988.

*Le Léviathan dans la doctrine de l'Etat de Thomas Hobbes. Sens et échec d'un symbole politique*, trad. D. Trierweiler, Paris : Seuil, 2002.

*Le nomos de la terre*, trad.Deroche-Gurcel (L.) (trad. révisée par Haggenmacher (P.)), coll. « Leviathan », Paris : Puf, 2001.

*Ex captivitate salus. Expériences des années 1945-1947*, trad. Dorémus (A.), coll. « Texte et commentaires », Paris : Vrin, 2003.

*Théologie politique*, trad. Schlegel (J.-L.), coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris : Gallimard, 1988.

Scholem (G.), *Le messianisme juif*, coll. Dias, Paris : Calmann-Lévy, Presses Pocket, 1974.

Sériaux (A.), *Les successions. Les libéralités*, coll. Droit fondamental, 1ère éd., Paris : Puf, 1986, 383 p.

*Droit des obligations*, coll. droit fondamental, 2ème éd., Paris : Puf, 1998.

*Le Droit. Une introduction*, Paris : Ellipses, 1997.

*Le droit naturel*, coll. « Que sais-je ? », 2ème éd., Paris : Puf, 1999.

Présentation de d'Ors (A.), *Une introduction à l'étude du droit*, Aix en Provence : PU d'Aix-Marseille, 1991.

Sorel (G.), *Réflexions sur la violence* [1908], Paris : Seuil, 1990.

Stobbe (O.), *Handbuch des deutschen Privatrechts*, Berlin: W. Hertz, 1885-1900.

Terré (F.), Simler (P.) Lequette (Y.), *Les obligations*, coll. Précis Dalloz, 7ème éd., Paris : Dalloz, 1999.

– et Lequette (Y.), *Successions*, coll. Précis Dalloz, Paris : Dalloz, 2ème éd., 3ème éd. 1997.

Tessier (H.), *Traité de la dot, suivant le régime dotal établi par le Code civil, et conférence, sur cette matière, du nouveau droit avec l'ancien,* Paris : Nève, 1835.

Tertullien, *La résurrection des morts*, Paris : Desclée de Brouwer, 1980.

Testu (F. X.), *L'indivision*, coll. Connaissances du droit – droit privé, Paris : Dalloz, 1996.

Thaller (E.E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 7ème éd. par Percerou (J.), Paris, 1925.

Théry (Ph.), *Sûretés et publicité foncière*, coll. Droit fondamental, Paris : Puf, 1988.

Thomas (Y.), *Mommsen et « l'Isolierung » du droit*, Paris : Boccard, 1984.

Thomas d'Aquin (St ), *Somme théologique*, Collection « Œuvres de Saint Thomas d'Aquin », Paris : Cerf, 1984-1986, 4 vol.

Tierney (B.), *Religion et droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, trad. Ménard (J.), coll. Léviathan, Paris : Puf, 1993.

Tocqueville (A. de), *De la démocratie en Amérique*, Paris : Flammarion, 1993-1999, 2 t.

Toullier (C.- B. M.), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon*, 6ème ed. par Duvergier, Paris : Cotillon, 1846, vol. 1.

Van Biervliet (J.), *Cours de droit civil*, Louvain, Uystpruyst-Dieudonne (A.), 1921.

Villey (M.), *Le droit romain*, coll. Que sais-je ?, 2ème éd., Paris : Puf, 1949, 8ème éd., 1987.

*Philosophie du droit. I. définitions et fins du droit*, coll. Précis Dalloz, Paris : Dalloz, 1975, 4ème éd. 1984.

*Philosophie du droit. II. Les moyens du droit*, coll. Précis Dalloz, 2ème éd., Paris : Dalloz, 1986.

*Réflexions sur la philosophie et le droit. Les carnets de Michel Villey*, Paris : Puf, 1995.

Weber (M.), *Sociologie du droit*, trad. Grosclaude (J.), coll. Recherches politiques, Paris : Puf, 1986 [*Rechtssoziologie*, manuscrit 1911-1913, découvert en 1957].

Weil (A.) et Terré (F.), *Les obligations*, coll. Précis Dalloz, Paris: Dalloz, 3ème éd., 1980, 4ème éd., 1986.

Windscheid, *Lerbuch der Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1870-1874, t.1.

Worms (R.), *Natalité et régime successoral*, Paris : Payot, 1917.

Zachariae (K. S.), *Le droit civil franc ais par K.-S. Zachariæ, traduit de l'allemand sur la cinquième édition*, trad. Massé et Vergé, Paris : A. Durand, 1854-60.

Zénati (F.), *Les biens*, coll. Droit fondamental, 1ère éd., Paris : Puf, 1988.

## 2. Monographies et thèses

Apotolesco, *Du droit de prélèvement entre co-partageants*, Paris, 1910.

Aurel (D.), *Structure de la personne humaine*, thèse Paris, 1924.

Brunet (P.), *Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat*, thèse droit Paris 10, 1997, dactyl.

Carbonnier (J.), *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions* de société et d'association, prèf. Bonnecase (J.), thèse Bordeaux, 1932.

Cazelles (P.), *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, thèse Paris : A. Rousseau, 1905.

Chamoulaud-Trapies (A.), *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, thèse Limoges 1997, Limoges : PU Limoges, 1999, 863 p.

Chavanne (A.), *Essai sur la notion de compte en droit civil*, thèse Lyon, Paris : LGDJ, 1947.

Corbier (I.), *La notion juridique d'armateur*, coll. Les grandes thèses du droit français, thèse 1994, Paris, Puf, 1999.

Cothenet, *Des prélèvements en droit français*, thèse Dijon, 1885.

Delassalle, *Essai d'une théorie générale du droit de prélèvement entre copartageants*, thèse Caen, 1911.

Delhay (F.), *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, préface Patarin (J.), Paris, LGDJ, 1968.

Denecker (J.), *La théorie générale des récompenses et son application aux libéralités faites par les époux communs en biens*, thèse Lille, 1943.

Deschamps, *Du rapport des dettes. Théorie du prélèvement dans le partage des successions, des sociétés et de la communauté entre époux*, Paris, 1889.

Deshayes, *Les comptes entre co-héritiers*, thèse Caen, 1943.

Durnerin (P.), *La notion de passif successoral*, thèse Paris 2, 1990 (dir. G. Cornu).

Dutruc (G.), *Traité du partage de succession et des opérations et formalités qui s'y rattachent telles que les scellés, l'inventaire, la vente du mobilier, la licitation, le retrait successoral*, …, Paris : Cosse, 1855.

Eliachevitch (B.), *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942.

Emmanuel (E.), *Conflit entre créanciers d'une succession solvable et héritiers insolvables, débiteurs d'un rapport en moins prenant*, Paris, 1918.

Esmein, *Des rapports à succession*, thèse 1872.

Garson, *Du rapport des dettes*, thèse Paris, 1939.

Gary (R.), *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, thèse Bordeaux, 1931.

Gaudemet (E.), *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Dijon, 1898.

Gaudemet (J.), *Etude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, thèse Strasbourg, Paris : Sirey, 1934.

Gazin (H.), *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910.

Goubeaux, *Etude sur la clause d'indivision forcée et perpétuelle en droit civil français*, thèse Nancy, 1910.

Gouget, *Théorie du contrat avec soi-même*, thèse Caen, 1903.

Grunzweig (S. F.) [Ginossar], *Le fonds de commerce et son passif propre*, Bruxelles, 1938.

Harsin (P.), *Les doctrines monétaires et financières en France du XVIème au XVIIIème siècle*, 1928.

Ionasco (A.), *La copropriété d'un bien*, thèse Paris, 1930.

Jallu (O.), *Essai critique sur l'idée de Continuation de la personne*, thèse Paris, 1902.

Juglart (M. de), *Obligation réelle et servitude*, thèse Bordeaux, 1937.

Julien-Laferrière (A.), *Le rapport des dettes en droit positif français, sa nature juridique*, Bordeaux, 1934.

Lambert (E.), *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs. Le droit de succession en France — son fondement, sa nature*, Paris : Giard & E. Brière, 1895.

Le Goff (M.), *Du Moulin et le prêt à intérêt. Le légiste. Son influence*, Mégoriotis Reprint, Genève (ed. de Bordeaux, 1905).

Legrand (G.), *Des règlements de compte entre copartageants (droit romain). De la théorie du prélèvement entre copartageants (droit français)*, thèse Paris : V. Giard & E. Brière, 1891.

Lenotte, *Le prélèvement en matière de rapport de dettes*, thèse Lille, 1908.

Lepointe (G.), *Quintus Mucius Scaevola, Sa vie et son œuvre juridique*, thèse de droit, Paris, 1926.

Lesenne (N.-M.), *La propriété et ses démembrements,* Paris, 1858.

Levié (ou Leviet), *Le rapport des dettes*, thèse Louvain, 1938.

Libchaber (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, thèse ronéot. Paris 1, 1991.

Longuemare, *Le rapport des dettes*, thèse Caen, 1909.

Maillet (J.), *La théorie* Schuld *et* Haftung *en Droit romain*, thèse Aix, 1944.

Maley, *Du rapport des dettes*, thèse Paris, 1916.

Martel (F.), *Le rapport des dettes*, thèse en préparation, dir. G. Champenois.

Masse (L.), *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, Paris : Boyer, 1902.

Mater (A.), *Traité juridique de la monnaie et du change*, Paris : Dalloz, 1925.

Mazeaud (A.), *Le partage partiel*, thèse Paris 2, 1983.

Ménage, *Du rapport des dettes*, thèse Paris, 1898.

Mendegris (R.), *La nature juridique de la compensation*, thèse Grenoble 1967, préface P. Catala, Paris : L.G.D.J., 1989.

Meynial (E.), *Des interdits quasi-possessoires en matière de servitude (Droit romain).Du rapport des dettes (Droit français)*, Paris : Rousseau, 1886.

Michaud-Quentin (P.), Universitas. *Expressions du mouvement communautaire dans le Moyen-Age latin*, Paris, 1970.

Mirkovitch (G. J.), *Navire et patrimoine de mer*, thèse Bordeaux, 1932.

Mouy, *contribution à l'étude de la notion d'indivision à propos des lois récentes sur la prolongation de l'indivision successorale*, thèse Lille, 1920.

Oppetit (B.), *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse Paris, 1963.

Pilon, *Essai d'une théorie de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1898.

Planiol (M.), *Des bénéfices accordés aux héritiers (Droit romain). Du bénéfice d'inventaire (Droit français)*, thèse Paris, 1879.

Ragouet, *Des prélèvements des époux lors de la dissolution de la communauté*, thèse Bordeaux, 1908.

Raynal, *Etude des prélèvements dans le régime de la communauté légale*, Paris, 1930.

Raynaud (P.), *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, thèse 1934.

Renoux-Zagamé (M.-F.), *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, thèse Paris 2 (sous la direction de M. Villey), 1983.

Siesse (G.), *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse Paris, 1922.

Thireau (J.-L.), *Charles du Moulin (1500-1566). Etude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève : Droz, 1980.

Twining (W.), *Karl Llevellyn and the Realist Movment*, London: Weidenfeld and Nicolson, 1973.

Valeur (R.), *Deux conceptions de l'enseignement juridique. Les Facultés Françaises de Sciences Sociales, Les Ecoles Professionnelles du droit aux Etats-Unis, Leur influence respective sur le système juridique national*, thèse droit Lyon, 1928, Lyon : Bosc, 1928.

Van den Heuvel (J.), *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, 2ème éd., Bruxelles : F.Larcier, 1884.

Verdot, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, thèse Aix, 1963, Paris : LGDJ, 1963.

Vernay, *Servius et son école*, thèse de droit, Lyon, 1909.

Veroone (M.), *Étude sur la nature et le domaine d'application de l'effet déclaratif du partage*, thèse Lille, Lille : Douriez-Bataille, 1946.

Viguier (D.), *Corpus separatum. Essai de contribution à la théorie de la personne juridique*, mémoire de DEA à l'EHESS Paris, 1999, dactyl.

Vincent (J.), *La répartition entre les héritiers des créances et des dettes de la succession*, thèse Paris, 1931.

Worms (R.), *Organisme et société*, thèse, 1896.

Zénati (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse doct. d'Etat, Lyon 3, 1981, dactyl.

## 3. Articles

Anonymes [« un groupe de professeurs et de maîtres de conférences des universités »], *Dalloz* 2001, pp. 2899-2900.

Aubépin, « De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français », *Rev. Crit.*, XVI (1859), pp. 27 et 533 ; XVII (1860), pp. 536-558 ; XVIII (1861), pp. 515-542.

« Origines et progrès en France du droit coutumier, féodal et privé, sur la nature des ventes, échanges et promesses de vente jusqu'au temps de Pothier », *Rev. crit.*, t.16, 1859, pp. 179-192 et 179-433.

Audit (B.), « Qualification et droit international privé », *Droits,* n°18 (1993), *La qualification*, p. 55 et s.

Bastian (D.), « La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation », *Journal des sociétés*, 1937, pp. 1 et s. et pp.65-89,

Bergel (J.-L.), « Différence de nature (égale) différence de régime », *Rtd civ* 1984.

« Le rôle des fictions dans le système juridique », *Revue de droit de Mc Gill*, vol. 33, 1188, pp. 357-386.

Bernard de Saint-Afrique (J.), v° Partage., *Jurisclasseur*, art. 816 à 842, fasc. 30 (11, 1998).

Bernatzik, dans *Archiv des öffentlichen Rechts* t. 5, 1890, pp. 210, 225, 244.

Berriat Saint-Prix (J.), *La vente du mobilier des mineurs*, Paris, 1837.

*Observations sur les traductions des Loix Romaines*, Grenoble, 1807.

Bonneau (T.), « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil », *Rtd civ* 1991.25.

Boulanger (J.), « La clause notariale dite de jouissance divise dans les partages de communauté et de succession », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1935

Boutry (C.), « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *JCP éd. Notarial* 2000, p. 1855.

Brémond (V.), *Dalloz Affaires*, 2000 (n°3), p. 706.

Capitant (H.), « L'indivision héréditaire », *Revue critique* 1924, pp. 19-36 et 84-100.

« De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux », *Revue critique de législation et de jurisprudence* XLIX (1929).

Caqueray (de), *Revue prat.*, t. 12, 1861, p. 60 et s.

Carbonnier (J.), « L'imagerie des monnaies », *Mélanges Cabrillac*, 1968, p. 47 s.

« Les noms monétaires à sens multiples » (étude de droit français), *Mélanges Secrétan*, 1964, p. 9 et s.

Catala (P.), « Commentaire de la loi sur l'indivision », *Defrénois* (1979) art. 31874, 3, art. 31886, 81 et art. 32160, 1601, (1980) art. 32172, 3, (1981) art. 32576, 241 et art. 32597, 321.

Cayla (O.), « Ouverture : La qualification ou la vérité du droit », *Droits, Revue française de théorie juridique*, 18, 1993, p. 3.

Charlin (J.), « La fameuse indivision de l'article 515-5 du Code civil », *JCP éd. not.* 2000, p. 1851.

Collinet (M.), *Mélanges Glotz*, t.1, p. 525.

Congar (Y.), « Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet », *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1958, pp. 219-259.

Conte (E.), « Droit médiéval. Un débat historiographique italien », *Annales* 2002-6, pp. 1593-1613.

Cordier (P.), « Navire et bâtiments de mer », *Juris-classeur Commercial*, fasc. 1045, 6, 1998.

Cornil, «  Obligatio et debitum », *Mélanges Girard* I (1912).

« Réflexions sur le rôle de la fiction dans le droit », *APD*, 1935, p. 28.

Cornille, JCP éd. N 1988.I.37.

Costa (J.), « «Trois fondateurs de l'ethnologie juridique, Bachofen, Maine et Engels », *Nomos*, 1974 (1), pp. 15 et s.

Cuperlier (O.), dans *Le Monde* du 1er septembre 2004.

Dagot (M.), « L'indivision » (commentaire de la loi du 31 décembre 1976), *JCP* 1977.I.2858.

Delhay (F.), « Société et indivision », *Juriscl. Soc.* 1, n°23 (2, 1980).

Demelius, « Ueber fingirte Persönlichkeit », *Jahrbücher f. d. Dogmatik*, 4 (1861), p. 119 et s.

Duchange, *JCP* éd. N 1991.I.373.

Edelman (B.), « Une politique de la mort », *Le Monde*, vendredi 28 novembre 1988 (*Le Monde des Livres*).

Esmein (A.), « La jurisprudence et la loi », *Rtd. civ.* 1952, Variété, p. 17 et s.

Flour (J.), « Plus-values et fruits des biens indivis », *J.C.P.* 1943, I, 336.

« Pot-pourri autour d'un arrêt », *Rép. Defrénois* 1975, art. 30854.

Fulchiron (H.), « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Defrénois*, n° 21, 15 novembre 2006, art.38 471, pp.1621-1652).

Gaillard (E.), « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 1987-6 *La représentation*, p. 91 et s.

Gierke (O. von), « Juristische Person », *Holtzendorffs Rechtslexikon*, 2éme éd., Leipzig, 1875.

Grosjean (S.), « Le sort des inscriptions hypothécaires sur les immeubles appartenant concurremment au débiteur en redressement judiciaire et à d'autres personnes », *Defrénois*, 36891, 1998, pp.1345-1359.

Grua (F.),*v°* Compensation, *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire civil,* 1990.

Haba (E. P.), « Etudes en allemand sur les rapports entre droit et langage », *APD* 19-Le langage du droit, 1974, p. 265.

Hamel (J.), « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges Surgiyama*, 1940, p. 83 et s.

« La personnalité morale et ses limites », *D.* Chron. 34, 1949.

Hauser (J.), « Où l'assisté devient mandataire de son assistant ! », *Rtd civ* 2003, chron. n° 7, p. 269

Humbert (G.), v° Fictio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t.2, 2ème partie, Paris, 1896, p. 1112.

Hutcheson Jr (J. C.), « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », trad. G. Marty, *Mélanges Gény*, t.2, Paris : Sirey, 1935, pp. 531-551.

Ionasco (A.), « la nature juridique du droit de copropriété », *Etudes De Juglart* , 1986, pp. 21-30.

Jestaz (Ph.), « Une question d'épistémologie », *Rtd civ* 2001, p.547-557.

Josserand (L.), « Essai sur la propriété collective », *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, publié par la Société d'études législatives, 1904, pp. 357-379.

Jourdain (P.), « Les actes de disposition sur la chose indivise » (Condition juridique des actes irréguliers pendant l'indivision), *Rtd civ.* 1987, p.498.

Kohler (J.), « Le droit français dans la théorie et la pratique allemandes », *Livre du Centenaire du Code civil*, t.2, p. 617.

Kuttner (S.), « Sur les origines du terme droit positif », *Revue historique française du droit français et étranger*, 4ème série, XV, 1936, pp. 728-740.

Labbé (X.), « Les dieux Lares ou l'urne cinéraire à domicile », *D.* 2001.2545-2546.

Lafontaine, *Revue crit.*, 1856, t.15, pp.335 et s.

Laingui (A.), « L'adage, vestige de la poésie du droit », *Histoire du droit social, Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris : Puf, 1989.

Lassègue (P.), v° Comptabilité, *Encyclopaedia universalis*, Paris, 1984.

Lassoubatjeu (A.), *Defrénois*, art. 34910, p. 1280.

Leehardt, « Propriété et personne dans les sociétés archaïques », *Journal de Psychologie*, 1952, pp. 278 et s.

Lemaire (I.), « L'intérêt du privilège de la séparation des patrimoines pour les créanciers successoraux », *JCP* 2001, éd. N. p.704.

Lequette (Y.), « Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil », *Mélanges Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, pp. 371-384.

Le Tourneau (P.), « La verdeur de la faute dans la reponsabilité civile », *Rtd civ* 1988, p. 510.

Martin (D.), « Le droit de l'indivision » (Commentaire de la loi n° 76-128 du 31 décembre 1976 relative à l'organisation de l'indivision), *D.* 1977, chron. p. 221.

V°Compensation, *Jurisclasseur civil,* art. 1289-1293 ; fasc. 108 à 111 (2, 1995) et 112 à 117 (2, 1995).

« De la revendication des sommes d'argent », *Dalloz* 2002 (n° 44 du 19 décembre 2002), pp. 3279-3284.

Mathieu (M.), v° Rapport à succession, *Juriscl. not. form.*

Meynial (E.), « Le caractère juridique de la communauté entre époux », *Rtdciv.*, 1903, pp. 811-834.

Mongin (M.), « Étude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 39, 1890, pp. 697 et s.

Moulin (L.), « Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1953, pp. 106-148.

Ors (A. d'-), « Principes pour une théorie réaliste du droit », *Revue de la Recherche Juridique*, 1981, n° 3, pp. 367-388.

« Le droit ? Tout ce qu'approuvent les Juges », *Droit. Revue française de théorie juridique*, 1989, n°10 Définir le droit/1, pp. 51-52.

Patarin (J.), « La double face du régime juridique de l'indivision », *Mélanges Hollraux*, Litec, 1990, p. 333.

Pédamon (M.) et Carmet (O.), « La compensation dans les procédures collectives », *D.* 1976, Chron., p. 125.

Peritch (J.), « Le mysticisme dans le droit des successions », *Revue générale du droit* 1925-49, pp. 40-44 et pp. 105-111.

Philippe (M.), *D.* 1996. Chron. 29.

Radin (M.), « La censure des coutumes » [texte écrit en français par l'auteur], *Mélanges Gény*, t.1.

Raffray (J. G.) et Sénéchal (J.-P.), « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP* 1985. éd. N.I.129.

Rémy (Ph.), « Rapport français aux travaux de l'association Henri Capitant », t.39, 2ème partie.

Rouast (A.), « Du droit de préférence résultant du rapport des dettes », *Rtd civ.* 1911, p. 687.

Saint-Alary-Houin (C.), « Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », *Rtd. com.* 1979, pp. 645 et s.

Saleilles (R.), « Etude sur l'histoire des sociétés en commandite », *Annales de dr. commercial*, t.9, 1895, pp. 10 et s. et pp. 49 et s. et t.11, 1897, pp. 29 et s.

«Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain », *Mélanges Gierke* (*Festschrift für O. Gierke*), Weimar, 1911, pp. 1015-1034.

«De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français », *Bulletin de la société d'études législatives*, vol. 9, pp. 296-325 et vol. 10 (1910), pp. 56-102. Plan : introduction, p. 296 ; I, droit germanique, pp. 297-308 ; II, moyen âge, pp. 308-325 ; III, droit coutumier, pp. 56-102.

Schmitt (C.), « L'état comme mécanisme chez Hobbes et Descartes », *Les temps modernes,* nov. 1991-544, pp. 1-14.

« A partir du « nomos » : prendre, pâturer, partager. La question de l'ordre économique et social », *Commentaire*, n°87/Automne 1999, pp. 549-556.

« La formation de l'esprit français par les légistes » [texte paru en allemand à Paris en 1942], trad. Pesteil (J.-L.), dans Schmitt (C.), *Du Politique. Légalité et Légitimité et autres essais*, Puiseaux : Pardès, 1990.

« La situation présente de la jurisprudence », *Boletim da Faculdade de Dereito* (1944), Coimbra, 20, pp. 601-621.

« La situation de la science européenne du droit », Scalici (M.), *Droits* (1991), 12, pp. 149-157.

« Tres posibilidades de una vision cristiana de la historia », *Arbor* février 1951.

« Le contraste entre communauté et société en tant qu'exemple d'une distinction dualiste. Réflexions à propos de la structure et du sort de ce type d'antithèses » [1960], trad. Tommissen (P.), *Res publica. Revue de l'institut belge de science politique*, vol. 17, (1975, n° 1), p. 107).

Sebag (L.), « La condition juridique des biens des associations non déclarées », *Rtd civ*, 1939, p. 65.

Sénéchal (J.-P.), *Defrénois* 1998, art. 36745, p. 254-266.

Sériaux (A.), « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Rtd civ* (1984), pp. 801-813.

V° Patrimoine (dec. 2002), *Répertoire de droit civil*, Dalloz, t.8, 19 p.

Sève (R.), «Détermination philosophique d'une théorie juridique. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD* 1979, t. 24, p. 252.

Sourioux (J.-L.), D. 2002. 968.

Thaller, *Annales de dr. comm.*, VIII, 1894, doctr., p. 244 s.

Thomas (Y.), « La langue du droit romain », *APD* 1974-19, p. 114.

« Droit domestique et droit politique à Rome. — Remarques sur le pécule et les *honores* des fils de famille », *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité* 94 (1982-2), pp. 527-580.

« Du sien au soi : *pro suo, suus heres*— Questions romaines dans la langue du droit », *L'écrit du temps* 14/15 (1987), pp. 157-172.

« *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits* n°21-22 (1995), pp. 17-63.

« Remarques sur la juridiction domestique à Rome », *Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986 (Paris, Maison des sciences de l'homme), Collection de l'Ecole française de Rome* 129 (1990), pp. 449-474.

« La division des sexes en droit romain », Histoire des femmes en Occident, sous la dir. de G. Duby et M. Perrot, Paris : éd. Plon, 1991, t.1.

« L'institution civile de la cité », *Le débat*, n°74 (mars-avril 1993), pp. 22-44.

Troplong (R.-Th), « Quelques aperçus historiques sur l'influence des légistes sur la civilisation française », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, pp. 401-416, t. 2, pp. 1-24, 1835.

Van Biervliet (J.), « De la constitution d'hypothèque sur un immeuble indivis », *Rev. prat. dr. not. belge*, 1909.

« Les sujets collectifs en droit privé », *Rev. prat. dr. not. belge*, 1912.

Vareilles-Sommières (M^is^ de), « La copropriété », *Revue critique* , 1907, 532-541.

Villey (M.), « La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam », *APD* 1964-9 *Le droit subjectif en question,* pp. 97-127.

« Présentation », *Archives de philosophie du droit* , 1966, 11/ *La logique du droit*.

Vincent (J.), « Les propriétés collectives, l'indivision et l'effet déclaratif du partage », *Rev. crit.* (1932), pp. 284 s.

Wahl (A.), « Les variations de la Jurisprudence sur les différentes questions relatives à l'effet déclaratif du partage », *Livre du centenaire du Code civil*, t.1, pp. 441-514.

« Du sort des hypothèques consenties pendant l'indivision vis-à-vis des héritiers créanciers de rapports », *Rtd civ.* 1906, pp. 763-812.

Weakland (R.G.), « L'Abbé dans une société démocratique », *Collectanea Cisterciensia*, 31, 1969.

Westrup, « Quelques remarques sur la propriété primitive devant l'histoire comparative », *RHD*, 1933, pp. 223 et s.

X, v°Grammaires (histoire des), *Encyclop. Univ.* 2002.

Zénati (F.), « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *Rtd civ* 2003, pp. 667-677.

# 4. Notes, rapports et conclusions de jurisprudence

Almairac, note sous Riom, 31 mars 1978, *D.* 1978. 532.

Anonymes

[AB], note sous affaire Sérange c/ Dame Nony, ép. Gilbert, Civ. 1re, 4 juill. 1984, *D.* 1985.214.

Note sous affaire Frécon c/ dame Frécon née Frachon, S. 1914.1.201.

Aynès (L.), note sous Civ. 3ème, 20 nov. 1990, *D.* 1990, somm. 389.

Battifol (H.), Note sous affaire Mulle, Civ., 11 janv. 1937, *S.* 1938.1.377.

Baudoin, conclusions sur Chollet, Ch. réun., 5 déc. 1907, *D.P.* 1908.1.119.

Beignier (B.), note sous affaire Provot, Civ. 1re, 30 juin 1998, *Dr. fam.* 1998, arrêt n° 161.

Bénabent (A.), Obs. sous affaire. Arnaudin, Civ. 1re, 25 févr 1997, *Dr. et patrimoine* 50 (juin 1997), pp. 80-81, arrêt n° 398.

Breton, note sous affaire Czelaga, Civ. 1ère, 15 avril 1980, *D.* 1981.101.

Note sous affaire Médecin et Lanzaro, Civ. 1ère, 14 déc. 1983, *D.* 1984.310.

Note sous affaire Kiéné, Civ. 1ère, 2 juin 1987, *D.* 1988.137.

Colin (A.), Note sous affaire Caron c. Sourmais, *Req.* 21 oct. 1902, *D.* 1907.1.41.

Note sous affaire Chollet c/ Consorts Dumoulin, D.P. 1908.1.113.

Dagot (M.), Note sous affaire Saint-Ruff, Civ. 1re, 16 juillet 1968, *JCP* 1969.II.15833.

Note sous affaire Allier, Civ. 1ère, 26 mars 1974, *JCP* 1975.II.17970.

Note sous affaire Consorts Brisset, Civ. 1re, 9 mai 1978, JCP 1979.2.19257.

Derrida (F.) [avec Honorat (A.)], note sous Civ. 1ère, 20 déc. 1993, Defrénois 1994, 35890, pp.1084-1088.

Derruppé, obs. sous Com., 4 mai 1999, Rtd com. 1999, p. 635.

Forgeard (M.-C.), note sous Civ. 1ère, 5 nov. 1991, *Defrenois* 1992, 35314, p. 895.

Granges, note sous Com., 17 janv. 1956, JCP 1956.II.9601.

Grimaldi (M.), Note sous affaire Cummings, Civ. 1re, 29 juin 1994, *D.* 1995.88.

Obs. sous affaire Hennessy et Mortemart, Civ. 1ère, 3 déc. 1996, *Defrenois* 1997, pp. 409-411.

Honorat (A.) [avec Derrida (F.)], note sous Civ. 1ère, 20 déc. 1993, Defrénois 1994, 35890, pp.1084-1088.

Houin, obs. sous Com., 17 janv. 1956, D. 1956.J.265.

Obs. sous Com., 17 janv. 1956, Rtd com, 1956.

Jourdain (P.), Note sous affaire Chabarot, Civ. 1ère, 7 juill. 1987, *JCP* 1988.II.20999.

Labbé, S. 1875.1.249.

Note sous affaire Akuin, Req., 8 mars 1875, S. 1875.1.449.

Note sous affaire. Sommier, Civ., 9 févr. 1887, *S.* 1888.1.5.

Note sous affaire Touzet, *P.* 1889.1.481.

Le Guidec, obs. sous affaire Cummings, Civ. 1re, 29 juin 1994, *JCP* 1995.I.3876.

Obs. sous affaire Hennessy et Mortemart, Civ. 1, 3 déc. 1996, *JCP* 1998.I.133.

Obs. sous affaire. Provot, Civ. 1re, 30 juin 1998, *JCP* 1999.I.132.

Lemoine, l'arrêt Civ. 2ème du 28 janv. 1954, JCP 1954.II.7978.

Levasseur, note sous Civ. 2ème du 28 janv. 1954, D. 1954, 217.

Lienhard (A.), obs. sous Com. 19 déc. 2000, *D.* 2001.306.

Obs. sous Civ. 1ère, 14 juin 2000, *D.* 2000.AJ p. 318.

Loynes (P. de), note sous affaire Linget, Orléans, 1er juill. 1891, *DP* 93.1.5.

Note sous affaire Linget, Req., 7 juill. 1892, *D.* 93.1.5.

Note sous affaire Rolland c/ Consorts Deschamps, Civ., 10 juill. 1893, *D.P.* 1894.1.5.

Note sous affaire Jourde, Civ., 12 janv. 1909, *D.* 1910. 1. 33.

Lyon-Caen, Note sous affaire Chollet c/ Consorts Dumoulin, S. 1908.1.5.

Meynial (E.), Note sous affaire Duc de Rivoli, Req., 23 févr. 1891, S.1892.1.

Montredon, note sous affaire Aubert c/ Fougerol, Civ. 1ère, 18 janv. 1989, JCP 1989, éd. N. II.149.

Morin (G.), note sous affaire Aubert c/ Fougerol, Civ. 1ère, 18 janv. 1989, *D.* 1989.305.

Nachet, rapport sur Civ., 8 mai. 1867, *D.P.* 67. 1. 309.

Naguet (ou Naquet), note sous affaire Milleret, Req., 13 janv. 1909, *S.* 1911.1.411 (ou 441).

Nast (M.), Note sous Trib. Brive, 27 janv. 1938, D. 1939.2.53.

Patarin (J.), Note sous affaire Lacombe, Civ. 1re, 23 juin 1964, *JCP* 1964.II.13819.

Obs. sous affaire Margot, Civ. 3e, 21 oct. 1980, *Rtd civ* 1984.348.

Obs. sous Civ. 3e, 20 févr. 1979, *Rtd civ* 1981, p. 663.

Obs. sous affaire *Aubert c/ Fougerol*, Civ. 1ère, 18 janv. 1989, Rtd civ. (1989), p. 794.

Obs. sous affaire Cummings, Civ. 1re, 29 juin 1994, *Rtd civ.* 1995.161.

Obs. sous affaire Isabel, Civ. 1ère, 10 oct. 1995, *Rtd civ.* 1996.448.

Obs. sous affaire Bracco, Civ. 1ère, 20 févr. 2001, *Rtd civ* 2001.642, n° 3.

Chron. sous Civ. 1re, 3 déc. 2002, *Rtd. civ.*, 2003.

Périnet-Marquet (H.), obs. sous affaire Bracco, Civ. 1ère, 20 févr. 2001, *JCP* 2001. éd. G. I.358, n° 5.

Pillebout, note sous affaire Cummings, Civ. 1re, 29 juin 1994, *JCP* éd. N 1995.II.1745.

Planiol (M.), Note sous affaire Bernigaud, Civ., 11 janv. 1909, DP 1909.1.81.

Regnault-Moutier, obs. sous Civ. 1ère, 14 juin 2000, *Act. Proc. Coll.* 2000, n°165.

Rémy (Ph.), Note sous affaire Corney, Civ. 1ère, 10 févr. 1981, J.C.P. 1982 éd. G. II.19786.

Revet (T.), obs. sous affaire Bracco, Civ. 1ère, 20 févr. 2001, *Rtd civ* 2001.916, n° 2.

Savatier (R.), Obs. sous affaire Briet, Paris, 11 mars 1931, *Rtd. civ.* 1931.626.

Obs. sous Aix-en-Provence, 3 dec. 1931, *Rtd civ.* 1932.494.

Obs. sous affaire Mulle, Civ., 11 janv. 1937, *Rtd civ.* 1937.404.

Obs. sous Trib. civ. Seine, 9 janv. 1956, *Rtd civ.* (1956), p. 563.

Note sous affaire Casier, Civ. 1ère, 15 févr. 1973, *D.* 1975. 509.

Obs. sous affaire Allier, Civ. 1ère, 26 mars 1974, *Rtd civ.* 1975.349 et 1976.589.

Savatier (X.), note sous Civ. 3ème, 20 nov. 1990, *Defrésnois* 91, a. 35107.

Sortais note sous affaire Allier, Civ. 1ère, 26 mars 1974, *D.* 1975.1.41.

Stemmer note sous affaire Margot, Civ. 3e, 21 oct. 1980, *JCP* éd.N 1981.2.57.

Storck (M.), Chron. sous Com. 19 nov 2002, *Banque &Droit* 2003-87, p. 45.

Théry (Ph.), Note sous Com., 19 déc. 2000, *Defrénois* 2001, 37390, p.943.

Tissier (A.), note sous affaire Linget, Req., 7 juill. 1892, *S.* 93.1.129.

Note sous affaire Rolland c/ Consorts Deschamps, Civ., 10 juill. 1893, *S.* 94.1.177.

Vigneau, note sous affaire Aubert c/ Fougerol, Civ. 1ère, 18 janv. 1989, JCP 1990, éd. G. II.21465.

Wahl (A.), Note sous affaire de Martelles, Cass., 17 fév. 1892, S. et P. 1894.1.417.

Note sous affaire Jolibois, Dijon, 2 déc. 1903, *S.* et *P.*, 1905.2.89.

Note sous affaire Jourde, Civ., 12 janv. 1909 *S.* 1909. 1. 361.

Zénati (F.), Note sous aff. Chabarot, Civ. 1ère, 7 juill. 1987, *Rtd civ* 1989, p. 582.

Chron., Rtd. civ. 1990, pp. 687-689.

Note sous Civ. 3ème, 20 nov. 1990, Rtd. civ. 92.147.

Obs. sous affaire Descamps, Civ. 1ère, 27 oct. 1992, *Rtd civ.* 1993.614.

# Table des matières

# 1ère partie
# Les principes de la liquidation successorale

## Titre 1
## L'obligation personnelle des héritiers

# Livre 2
# Le compte des obligations à cause de l'indivision, du partage et du rapport

# 3ème Partie
# Les créances héréditaires



## Titre 1
## Théorie germaniste de la propriété collective des créances héréditaires

**Annexes**



Vu : le Président du Jury de la thèse :

Vu : les suffragеants :

Vu et permis d'imprimer :
Le président de l'Université de Perpignan